مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

إشكالات نسب الطفل بين حجية اللعان في النفي ويقينية البصمة الوراثية في الإثبات -دراسة مقارنة-

The Problematic of the Child's Pedigree between the Reliability of "Liaan" in the Negation and the Certainty of the DNA in Proving - comparative study-

الأستاذ: بلبشير يعقوب
جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف
y.belbachir@univ-chlef.dz

الأستاذ: دلالي جيلالي *
جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف
d.dellali@univ-chlef.dz

تاريخ إرسال المقال: 25-07-2021 تاريخ قبول المقال: 03-11-2021 تاريخ نشر المقال:30-06-2022

الملخص:يكتسي موضوع النسب أهمية بالغة في القوانين الوضعية العربية لارتباطه بعدة معطيات اجتماعية وشرعية وأخلاقية وعلمية، لاسيما في ظل التطورات العلمية الحاصلة في مجال الإثبات والأبحاث العلمية الموجهة لمعرفة خبايا التكوين الجنيني والولادة والأنساب. لاسيما أيضا في ضوء الجمود الذي يكتنف النصوص الوضعية والتناقض في الاجتهادات القضائية المتمحورة حول طرق إثبات النسب، حيث ستكون هذه الدراسة عبارة عن رؤية اجتهادية معاصرة تأخذ في الحسبان الأبحاث العلمية الحديثة لتكون أرضية فقهية علمية يستند إليها قضاء الأحوال الشخصية العربي وتشريعات الأسرة والحالة المدنية، من أجل توحيد الفكر التشريعي والاجتهاد القضائي والاستفادة من التنوع المذهبي في فقه الأنساب، بشكل يستوعب الخبرة الفقهية التاريخية حول وسائل إثبات النسب والتطور التكنولوجي، للوصول إلى دمج الوسائل الشرعية والعلمية معاً لتكوين رصيد فقهي اجتهادي يحسم الجدل حول هذه المسألة.
الكلمات المفتاحية: النسب؛ الإثبات؛ البصمة الوراثية؛ اللعان؛ الزنا؛ الزواج الشرعي.

Abstract:The subject of pedigree is of great importance in the Arab situational law and in the religious literature, because it is related to several social, cultural, legal, ethical, scientific and medical data, especially in the light of the scientific developments in the field of proof and criminal evidence and scientific research that aim at finding out the secrets of embryonic formation, birth and genealogies; in addition to the frigidity that characterizes the situational law.

This study is a contemporary jurisprudential vision that takes into account modern scientific research to be a scientific jurisprudential ground on which the Arab courts of personal status, family legislation and civil status are based, in order to unify legislative thought and judicial jurisprudence and benefit from the diversity in genealogical jurisprudence.

Keywords: descent; evidence; DNA; Liaan; adultery; legal marriage.

***المؤلف المرسل**

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

مقدمة:

تمهيد:

النسب مقصد أساس من مقاصد الشريعة الإسلامية أحاطته بحماية خاصة، وأكدت على ضرورة التثبت منه والتأكد من شرعيته، غير أنها لم تتوسع في سبل نفيه سدا للذرائع، بقدر ما أطلقت وسائل إثبات النسب حماية للمصلحة الفضلى للطفل مع ما عرفته هذه الوسائل من تطور علمي، وفي المسائل الاجتهادية الفقهية والوضعية.

أهمية الدراسة:

وتتجلى أهمية هذا الموضوع من خلال اختلاف متقدمو الفقهاء ومعاصروهم حول طرق إلحاق النسب بالنسبة للولد الناتج عن زواج شرعي تأسيسا على قاعدة "الولد للفراش"، واتفقوا على أن نسب ابن الزنا لا يثبت بأية حال، وأن اللعان هو الطريق المشروع لنفي النسب والوحيد أحيانا، لكن اختلفوا حول البصمة الوراثية ومدى إمكان اللجوء إليها للنفي مع أنها تعتبر أكثر أدلة الإثبات يقينيةً؛ الأمر الذي يستدعي رؤية اجتهادية معاصرة تختزل جميع وسائل الإثبات الشرعية التي ليست بالقدر الكافي من اليقينية للإثبات بالنظر إلى الأدلة العلمية المعاصرة التي لا تعارض المصلحة ولا تخالف مقتضى الشرع، خاصة وأن المجامع الفقهية متفقة على أن الوسائل العلمية الحديثة في إثبات النسب لو عرفها المتقدمون وأدركوها لعملوا بها؛ الأمر الذي يدعو إلى ضرورة توحيد الفكر القانوني والاجتهاد القضائي الوضعي حول هذه المسألة الحيوية سدا للذرائع، ودرءا للشبه والمفاسد، حماية للطفل وللأسرة وللمجتمع.

الإشكالية:

ما جدوى اللعان كوسيلة شرعية لنفي النسب في زمن قلّت فيه العدالة والأمانة والثقة، وحول مدى إمكان تفعيل دور تحليل الشفرة الجينية في نفي النسب مع ما في ذلك من فتحٍ لبابٍ قد يصعب ردّه؟.

الفرضية:

في ظل التطورات الحاصلة في مجال النسب نفيا وإثباتا، وفي ظل التناقضات الكبيرة في الآراء الاجتهادية والاجتهادات القضائية الوضعية في هذه المسألة تبدو الحاجة ماسة إلى ضرورة توخي نظرة تجديدية شاملة ترتكز على الموروث الفقهي الثابت في السنة واجتهادات الفقهاء المتقدمين تأخذ في الحسبان التطورات العلمية وواقع المجتمع الذي تفشت فيه مظاهر الخيانة الزوجية، والوقيعة في الأعراض والأطفال غير الشرعيين، ومخالفات واضحة لمقصد المحافظة على النسل والأنساب.

مناهج الدراسة:

استخدم الباحثان لتحقيق أهداف هذه الدراسة مناهج البحث الآتية:

- المنهج الوصفي؛ لدى توصيف ظاهرتي الزنا والولادة خارج إطار الزواج الشرعي وإشكالات النسب وما يتصل بها.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

- المنهج المقارن؛ من خلال تقديم رؤية مقارنة لمختلف النصوص والآراء الاجتهادية والفقهية والقضائية والقانونية بخصوص الاختلافات والتناقضات عند المتقدمين والمتأخرين.
- المنهج التحليلي؛ الدراسة عبارة عن رؤية تحليلية شاملة لمختلف الإشكالات والتناقضات حول إثبات ونفي النسب الناتج عن العلاقة غير الشرعية والأدلة الأكثر يقينية وموثوقية.

خطة الدراسة:

وللإجابة عن إشكالية البحث وفرضياته تم تقسيم الدراسة على المحاور الآتية:
المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون من نسب الطفل الناتج عن اللعان مع إعمال البصمة الوراثية.
المطلب الثّاني: موقف بعض القوانين المغاربية من نسب الطفل الناتج عن اللعان وأثر البصمة الوراثية عليه.
المبحث الثاني: التطبيق القضائي لبعض الدول المغاربية لإثبات نسب الطفل الناتج عن اللعان مع اعتماد البصمة الوراثية.
المطلب الأوّل: تقدير القاضي الجزائري لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية.
المطلب الثّاني: رأي القضاء المغربي والتونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان.

المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون من نسب الطفل الناتج عن اللعان مع إعمال البصمة الوراثية

من أجل توضيح أحكام استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب دون اللعان، لا بد من التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من نسب الطفل الناتج عن اللعان في المطلب الأول ثم موقف القانون من هذه المسألة في المطلب الثّاني.

المطلب الأوّل: رؤية الفقه الإسلامي لنسب الطفل الناتج عن اللعان وأثر البصمة الوراثية عليه

يمكن توضيح آراء الفقه الإسلامي من خلال الفرع الأوّل على أن النسب الشرعي الثابت لا ينتفي إلا باللعان فقط والفرع الثّاني الاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه والاستغناء عن اللعان.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

الفرع الأوّل: انتفاء النسب الشرعي باللعان دون البصمة الوراثية

يرى فريق من الفقهاء المعاصرين[1] أن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط، ولا تعتبر البصمة الوراثية مساوية للعان ولا يجوز تقديمها عليه في نفي النسب، لأن حديث {الولد للفراش} دليل مجمع عليه،[2] فلا تقوى نتائج البصمة الوراثية على معارضته، ولا يقوى عليه إلا اللعان. أكد هذا الرأي المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، حيث أصدر توصية بعدم جواز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالا واكتفاء باللعان، ولا استعمالها في نفي نسب من ثبت نسبه بأي دليل شرعي.[3]
لقد استدل هذا الفريق بأدلة منها:

أولا – القرآن الكريم

- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ(6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ(7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ(8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾.[4] وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها قد نصت صراحة على أنه إذا لم يكن للزوج إلا شهادة نفسه فقط، حق له اللجوء إلى اللعان، وإحداث البصمة الوراثية بعد الآية فيه تزيد على كتاب الله تعالى.[5] والبصمة الوراثية لم يرد فيها نص، فلا تكون طريقا لنفي النسب، فدل ذلك على المنع من الأخذ بها لنفي نسب الولد دون اللعان.[6]

---

[1] - الدكتور علي محي الدين القرة داغي، الدكتور عبد الستار فتح الله سعيد، الدكتور محمد سليمان الأشقر. عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، السنة السادسة، العدد 23، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 67. وكذا الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور سعد العنزي والدكتور عمر بن محمد السبيل والدكتور ناصر عبد الله الميمان والشيخ عبد الله المنيع. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، -دراسة فقهية مقارنة-، ط1، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 443 و444.

[2] - محمد جبر الألفي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، دون طبعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2015، ص 46.

[3]- الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب- نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 18، العدد 35، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، أفريل 2003، ص 46.

[4] - سورة النور، الآيات: 6 و7 و8 و9.

[5] - عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (3)، ط1، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2011، ص127.

[6] - بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، السنة العاشرة، العدد 37، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، 2008، ص 152.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

ثانيا – السنة النبوية

- حديث {الولد للفراش وللعاهر الحجر}.[7] وجه الاستدلال بالحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدر الشبه البيّن النّاتج عن الصفات الوراثية (علما أن الولد فيه من شبه الزاني)، وصرّح بإبقاء الأصل في قوله صلى الله عليه وسلم: {الولد للفراش}، فيفهم من ذلك أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب دون غيره.[8] فلو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة، فإن النسب يلحق بالزوج لحديث الولد للفراش ولا ينتفي عنه إلا باللعان؛ وطالما ثبت الفراش فلا يعارضه إلا أقوى منه وهو اللعان، وبالتالي لا مجال للبصمة الوراثية في الحيلولة دون وقوع اللعان. حيث أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه البين وهو الذي يعتمد على الصفات الوراثية وأبقى الحكم الأصلي وهو الولد للفراش فلا ينفى النسب إلا باللعان فحسب.[9]

ثالثا – الأدلة العقلية

أ – أن البصمة الوراثية مقيسة على القيافة، فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على الشبه ومعرفة ذلك من الآباء والفروع، ولا دخل للقيافة في نفي النسب، ذلك أن الولد إذا ثبت نسبه للزوج بحكم الفراش فلا يلتفت إلى قول القائف بأن الولد ليس من الزوج. وبالتالي فإن البصمة الوراثية لا تنفي النسب، ولا تحل محل اللعان.[10]

ب - يرى الدكتور علي جمعة: "أن الاعتماد على البصمة الوراثية المعروف باسم (DNA) في نفي النسب فإنه لا يجوز شرعا، حيث أن التحاليل يعتريها الخطأ البشري المحتمل وحتى لو دلت البصمة الوراثية في نفسها على نفي النسب أو إثباته يقينا، فإن ذلك اليقين في نفسه يقع الظن في طريق إثباته، مما يجعل تقرير البصمة الوراثية غير قادر على نفي النسب، أما إثبات النسب بهذه البصمة الوراثية فلا يكون إلا في عقد صحيح لا يتم اللعان فيه بين الزوجين، فإن تم اللعان فهو أقوى من البصمة الوراثية".[11]

ج - تأكيدًا لذلك يقول الدكتور عمر بن محمد السبيل: "...وبناء على ذلك فإنه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على

---

[7] - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح للبخاري، ج1، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2008، ص 561.

[8] - عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجلات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، المجلد 3، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05-10 جانفي 2002، ص 148.

[9] - عبد الستار فتح الله سعيد، المرجع السابق، ص 147.

[10]- هشام بن عبد الملك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، ط1، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2006، ص 723.

[11] - ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 183.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

فراشه، وذلك لأن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه، وإحلال غيره محله، أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها''.[12]

الفرع الثّاني: انتفاء النسب الشرعي بالبصمة الوراثية دون اللعان

يرى أصحاب هذا القول[13] إمكانية الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية، إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، لأن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي نسب المولود عندما يفقد الشهود الأربعة بواقعة زنى امرأته، ومع التقدم العلمي في مجال البصمة الوراثية ودقة نتائجها وقطعية دلالتها، فإن هذا يكفي للشهادة على ما يدعيه الزوج.

وفيما يلي أدلة المجيزين لإحلال البصمة الوراثة محل اللعان:

أولا - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ[6] وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ[7] وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ[8] وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾.[14] وجه الدلالة من الآيات، أن اللعان يشرع إذا رمى الزوج زوجته بالفاحشة والحمل من سفاح، ولم يكن هناك من يشهد له إلا الزوج نفسه. أما في حالة وجود البينة على صدق الزوج وهي في هذه الحالة البصمة الوراثية فلا داعي بعد ذلك لإجراء اللعان أصلا لاختلال الشرط في الآية،[15] حيث إن البصمة هنا تحل محل الشهود في الدلالة على صدق الزوج فيما رمى به زوجته؛[16] يضاف إلى ذلك أن الآية ذكرت درء العذاب ولم تذكر نفي النسب ولا تلازم بين اللعان ونفي النسب، فيمكن أن يلاعن الرجل ويدرأ عن نفسه العذاب ولا يمنع أن ينسب الطفل إليه إذا ثبت ذلك بالبصمة الوراثية.[17] والآية ليس فيها ما يدل على الاقتصار على اللعان، فدل على جواز

---

[12]- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط1، دار الفضيلة، الرياض، 2002، ص 42.

[13]- الدكتور محمد المختار السلامي مفتي تونس السابق، والدكتور يوسف القرضاوي والدكتور نصر فريد واصل والدكتور سعد الدين مسعد هلالي، واعتمدته لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية، وعليه الفتوى بدار الإفتاء المصرية. عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، المرجع السابق، ص 127. وعبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 67 و 68.

[14]- سورة النور، الآيات: 6 و7 و8 و9.

[15] - محمد المختار السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، - رؤية إسلامية-، منظمة الطب الإسلامي، الكويت، 1998، ص 405.

[16] - بندر بن فهد السويلم، المرجع السابق، ص 152.

[17] - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 807.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

النفي بالبصمة الوراثية.[18] وتكون البصمة بمثابة الشهود التي تدل على صدق الزوج فيما يدعيه على زوجته، في حال ثبوت انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه من خلال نتائج البصمة الوراثية.[19]

ثانيا - ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء، قال: فلاعنهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: {أبصروها، فإن جاءت به أبيض سبطا، فهو لزوجها، وإن جاءت به أكحل جعدا فهو للذي رماها به}. فجاءت به على النعت المكروه، فقال: {لولا الأيمان لكان لي ولها شأن}".[20] وجه الدلالة من الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلا على نفيه عنه، وهذا يدل صراحة على اعتبار الشبه أي الصفات الجينية في إثبات النسب أو نفيه، وهذا الذي لجأ إليه النبي صلى الله عليه وسلم للدلالة على نفي النسب عن الزوج في هذه الواقعة،[21] وعمل البصمة الوراثية مماثلا تماما لمسألة اعتبار الشبه بين الوالد وولده في حالة الإثبات أو النفي.[22]

فيستدل بمنعهم الزوج عن نفي الولد باللعان إذا لم يكن متأكدا أن الحمل من الزاني ولو رآها تزني، فكيف إذا كان الأمر مقطوعا به في إثبات الولد له بقرينة قاطعة كالبصمة الوراثية، فعندها لا يحق له من باب أولى. فاللعان وجد لنفي النسب نتيجة رؤية الزوج زوجته تزني أو الاشتباه بذلك، انسجاما مع الأدلة الواردة التي تقول بعدم إدخال ما ليس منه في نسبه، ولكن البصمة الوراثية قطعت في صحة النسب له، فلا يكون نفيه عنه باللعان منسجما مع تشوف الشارع إلى ثبوت الأنساب.[23] علما أن تشوف الشرع إلى إثبات الأنساب ولو من أدنى الطرق أو لمجرد شبهة، فكيف لا نثبته بالبصمة الوراثية وهي قرينة قاطعة على أقل تقدير.

فيما يلي أقوال بعض الفقهاء القائلين بأن البصمة الوراثية تحل محل اللعان:

---

[18]- سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة -دراسة فقهية مقارنة-، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010، ص 357.

[19] - أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، العدد 01، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2015، ص 335.

[20] - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج11، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص 122.

[21] - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج21، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981، ص 35.

[22] - عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة فقهية مقارنة-، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 577.

[23] - تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها-دراسة فقهية مقارنة-، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، فرجينيا، 2011، ص 156 و157.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

أ - ذهب لذلك الشيخ محمد المختار السلامي قائلا: ''...أجدني مطمئنا إلى اعتماد البصمة الوراثية في كل تلكم الصور، فبها يثبت النسب أو ينفى، وتكون النتيجة كشف عنها الاختبار العلمي أحق بالقبول. يؤكد ذلك أن الله تعالى يقول: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ...﴾.[24] فالقرآن بتقييده أن الزوج الذي لم يكن له شهداء إلا نفسه يمكن من اللعان، هو ما يوحي بأنه إذا كان له ما يتأيد به قوله لا يلتعن. وما يكشفه الاختبار الجيني كما يقرره العلماء المختصون هو يقيني، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق. ومن ناحية أخرى فإن البصمة الوراثية دلالتها على الارتباط بين المولود ووالده يقينية، والشرع يقيني ولا يمكن أن يعارض اليقين اليقين''.[25]

ب - الدكتور سعد الدين مسعد هلالي قال: ''إن اللعان إنما هو لدفع الحد عن الزوجة لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء أو شبهة، وينحصر دور اللعان بالنسبة للزوج إذا كان معه، فإن كان مع الزوج الدليل الشرعي فلا وجه للعان أي ينفي الولد بالبصمة الوراثية وإن كان ضد الزوج وجب عليه حد القذف ولا يكون اللعان إلا لتدرأ الزوجة عن نفسها حد الزنا''.[26]

ج - الشيخ عبد المعطي بيومي قال: ''إن اللعان أصبح لا يجدي في زمن فسدت فيه كثير من الذمم. وضعف فيه الوازع الديني، وأن الأخذ بالوسائل العلمية، خاصة تحليل الـ(DNA)، بوصفها شهادة قاطعة للنزاع ومنصفة للأبناء، ومحققة لمصلحتهم، وواضعة للعدالة موضعها الصحيح، حيث تردع المتطاولين على الشرف وحفظ الأنساب، والأيمان التي يحلف بها الزوجان في اللعان كانت رادعة للناس في عصور كان الخوف فيها من الله يردع الناس عن ارتكاب المظالم وظلم النساء والأولاد، أما اليوم أصبح لا يعبأ الكثيرون بحدود الله ولا بالأيمان الغموس''.[27]

لذلك فإن استخدام التحليل الوراثي في قضايا النسب أَوْجَبُ من اللعان، ويمكن أن يتم التوقف الآن عن الأخذ بقضايا اللعان بين الزوجين لأنه ظني في التصديق. ولأن هدفه الذي شرع من أجله هو إثبات النسب، وهو ما لا يحققه قطعا، على أن يؤخذ بالبصمة الوراثية لكونه قطعي النتيجة أمام القضاء، ويمكن للقاضي أن يمنع قبول اللعان ويقضي بالتحليل الجيني إجبارا للزوجين على إثبات النسب في حالة إنكار الزوج، وحتى لو

---

[24] - سورة النور، الآية: 06.

[25] - محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات. المجلد 2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد ما بين 05-07 2002، ص 456.

[26] - سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة -دراسة فقهية مقارنة-، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010، ص 358.

[27] - مسعود صبري، تحقيق في فتوى اتهام الزوجة بالزنا عن طريق الـ DNA، مجلة المجتمع الكويتية، السنة 36، العدد 1662، الكويت، 2005، ص 55.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

كانت هناك دعوى لعان مقامة وتم الأخذ بها، وأثبت التحليل الجيني النسب، فإنه يؤخذ بالتحليل ولا ينفي اللعان النسب.[28]

المطلب الثّاني: موقف بعض القوانين المغاربية من نسب الطفل الناتج عن اللعان وأثر البصمة الوراثية عليه

البداية مع موقف القانون الجزائري من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب ضمن الفرع الأول، ثم نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية في ضوء القانون المغربي كفرع ثاني ، وفي الفرع الثالث أساس نفي النسب الثابت بالزواج في ظل التشريع التونسي وموقفه من التحليل الجيني.

الفرع الأوّل: موقف القانون الجزائري من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب

نظم المشرع الجزائري أحكام نفي النسب في المادة 41 من قانون الأسرة[29] التي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ". باستقراء هذه المادة لاحظنا أن المشرع لم يذكر عبارة (اللعان) صراحة وإنما عبر عن نفي النسب بالطرق المشروعة، ولم يرد مصطلح (لعان) صراحة في قانون الأسرة إلا من خلال نص المادة 138، والتي جاء فيها: "يمنع من الإرث اللعان والردة". وبتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نستنتج أن اللعان، وبصفة ضمنية هو الطريق الشرعي لنفي النسب.

يمكن على العموم فهم عبارة الطرق المشروعة الواردة في نص المادة 41 من قانون الأسرة، أن المشرع الجزائري لم يحدد الطرق المشروعة على سبيل الحصر وإنما ترك المجال مفتوحا مما يعني جواز العمل بالوسائل الحديثة في مجال النسب، حيث أن المشرع صاغ هذه العبارة بصيغة الجمع، ومن هنا يقتضي أن المشرع لم يقتصر نفي النسب على وسيلة اللعان فقط، بل فتح المجال لتبني كل طريقة شرعية تفيد في نفي النسب والتي من بينها البصمة الوراثية، إذ يمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة.[30]

بالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، نلاحظ أن المشرع

---

[28] - سهيلة زين العابدين حماد، «البصمة الوراثية واللعان»:-http://dr-suhaila-z-hammad.blogspot.com/2011/09/blog-post_4910.html بتاريخ 2020/11/18 على الساعة: 10:07

[29] - القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 18.

[30] - حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 1997-1998، ص 174.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

الجزائري قصر استخدام الطرق العلمية والتي من ضمنها البصمة الوراثية على إثبات النسب دون نفيه، مادام أن المادة تنص على طرق إثبات النسب لا على نفيه. هذا ما يدفعنا إلى القول بأن المشرع الجزائري ترك مسألة نفي النسب للطرق الشرعية المتمثلة في اللعان، وعدم جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في مجال نفي النسب. طبعا إذا ما استثنينا تأويلنا لمصطلح الطرق المشروعة المذكور في المادة 41 من قانون الأسرة واعتبرنا أنه يمكن أن تكون البصمة الوراثية من ضمن هذه الطرق المشروعة لنفي النسب، ما دام أن الكثير من الفقهاء المعاصرين الذين تم التطرق إلى أقوالهم ذهبوا إلى القول على أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان في نفي النسب.[31]

غير أن أحكام القضاء المتعلقة بموضوع نفي النسب أشارت صراحة إلى مصطلح اللعان كطريقة لنفي النسب، في العديد من قرارات المحكمة العليا، جاء في أحد قراراتها: ''من المبادئ الشرعية، أن دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا''.[32] وجاء في قرار ثاني: ''من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة...''.[33] وفي قرار آخر: ''من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين...''.[34]

كل هذه النماذج من قرارات المحكمة العليا تبين أن الطريق الشرعي والوحيد لنفي النسب هو اللعان. أما ما يؤكد اقتصار المشرع على وسيلة اللعان دون الطرق العلمية لنفي النسب، اجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 2009، حيث صاغت المبدأ الذي جاء في ديباجة هذا القرار: ''يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب''.[35] حيث جاء هذا القرار موضحا اتجاه المشرع الجزائري في هذا المجال وهو عدم جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لنفي النسب، وهو ما جاء متوافقا مع الرأي الفقهي القائل بعدم جواز الاعتماد على الحقائق العلمية المعاصرة في نفي النسب، ولا ينتفي النسب إلا باللعان فقط.[36]

---

[31] - عبد الرشيد محمد أمين قاسم، المرجع السابق، ص 67.

[32] - قرار المحكمة العليا رقم: 35934، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 1989، ص83.

[33] - قرار المحكمة العليا رقم: 76343، بتاريخ 1990/07/16، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1991، ص 75.

[34] - قرار المحكمة العليا رقم: 69798، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1994، ص 54.

[35]-قرار المحكمة العليا رقم:605592، بتاريخ 2009/10/15، المجلة القضائية، العدد 01،الجزائر، 2010، ص 245.

[36] - سهير سلامة حافظ الأغا، قوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، السنة الجامعية: 2009-2010، ص 90.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

ما يمكن ملاحظته أن المشرع ترك الباب مفتوحا لاجتهاد القضاء في اختيار الوسيلة المناسبة التي يقتضيها الأمر لإثبات نفي النسب. والنص الذي يمكن إعماله هو المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، والنص القانوني هنا لم يحدد الطرق المشروعة على سبيل الحصر وإنما في اعتقادنا قد ترك المجال مفتوحا لنفي النسب بكل طريق يؤدي إلى نفيه سواء مما هو مذكور في النصوص أو غيرها زيادة على أن اللعان طريق شرعي مثلا ومع ذلك لم ينص عليه القانون وإنما اعتمده القضاء طريقا لنفي النسب.[37]

من جانب الفقه القانوني الجزائري، وعلى ضوء المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة اختلف الفقهاء حول مضمون هذه المادة بين مؤيد ومعارض، حيث ذهب الفريق المعارض إلى أن العلم حقيقة نسبية بينما القرآن كلام الله حقيقة مطلقة صالحة لكل زمان ومكان وهو الذي فصل في مسألة إثبات أو نفي النسب معللا رأيه أن النص القرآني صريح وواضح وبالتالي يقتضي العمل بالقاعدة الفقهية "لا اجتهاد مع وجود النص".[38]

وذهب الفريق الثاني من الفقه إلى القول: أن المشرع الجزائري أباح اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فقط في المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة، وكان يستوجب عليه أن يطبق ذلك في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو نفيه.[39] لطالما اقتنع المشرع الجزائري بالطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة، فإنه كان يستحسن الاعتماد عليها في جميع حالات تنازع النسب إيجابا أو سلبا، لتحقيق العدالة بصورة أوسع نطاقا، لأن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية، لا تكاد تخطئ في الوالدية البيولوجية، وهو ما يهدف إليه الشارع بإظهار الحقيقة والعدالة وإنصاف الولد ورعايته.

الفرع الثّاني: موقف التشريع المغربي من الطرق العلمية وأثرها على اللعان في نفي النسب

في ظل مدونة الأحوال الشخصية المعدلة سنة 2004،[40] اكتفى المشرع المغربي باعتماد وسيلة اللعان كطريق شرعي لنفي النسب، وهذا طبقا لنص الفصل 91، على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب. كما

[37] - بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005، ص 43.

[38] - علال آمال، الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 16، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013، ص 141.

[39] - تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005، ص 16.

[40] - القانون رقم: 03-70، المؤرخ في 03 فبراير 2004، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية. الجريدة الرسمية للملكة المغربية، السنة 93، العدد 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004، ص 418.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

قضت بعض المحاكم المغربية بنفي النسب عن طريق اللعان في عدة أحكام وهو ما يلاحظ من خلال حيثيات القرار الذي صدر عن المجلس الأعلى، جاء فيه: ''حيث تبين صحة ما عاب به الطالب على القرار، ذلك بمقتضى المادة 491 من مدونة الأسرة، فإنه يمكن الطعن في النسب من طرف الزوج عن طريق اللعان...''.[41]

بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجد أن المشرع المغربي نظم أحكام نفي النسب في المواد 151[42]- 153 – و159 منها،[43] فالمادة 153 تنص على أنه: ''يثبت الفراش بما تثبث به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين:
– إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة ''.

هذه المادة التي نصت على إمكانية نفي النسب بالاعتماد على الخبرة وجعلت اللجوء إليها مرهون بقناعة القاضي، بل قيدت اللجوء إليها بصدور أمر قضائي، وفي هذا تشدّد يمكن أن يقلّل من اللجوء إليها، فعلى فرض أن القاضي على اطلاع واقتناع بكون الخبرة التي سيلجأ إليها ذات نتائج قطعية كما هو الشأن بالنسبة للبصمات الجينية، فإنه يمكنه أن يحجم عن إصدار أمر قضائي يتيح اللجوء إلى الخبرة ما دام الزوج طالب نفي النسب لم يُدْلِ بدلائل قوية على ادعائه.[44] أما إذا لم يقتنع القاضي بالخبرة فمهما كان إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، فإن ذلك لن يفيده في شيء ما دام القاضي غير مقتنع بالخبرة وما دام أمامه مسوغ شرعي يجعل منه مخرجا لرفض طلب اللجوء إلى الخبرة والمتمثل في اللعان، ويبقى اللجوء إلى الخبرة الطبية من عدمه من صميم السلطة التقديرية للقاضي.

ما يلاحظ أن المشرع المغربي لم يشر مطلقا إلى البصمة الوراثية أو التحاليل الجينية وإنما أشار فقط من خلال النص أعلاه إلى الخبرة الطبية وهي من باب الكل الذي يتضمن الجزء، وعلى مستوى الممارسة القضائية فلا يتم إثبات النسب أو نفيه في هذا

[41] - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 2007/10/10، ملف رقم: 2006/1/2/581، عدد 505، أشار إليه: بفقير محمد، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسة القانون والعمل القضائي المغربيين، ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، المغرب، 2011، ص 181.

[42] - تنص المادة 151 على أنه: ''يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي ''.

[43] - تنص المادة 159 على أنه: ''لا ينتفي نسب الولد عن الزوج أو حمل الزوجة منه إلا بحكم قضائي طبقا للمادة 153 أعلاه ''.

[44] - محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 50، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، 2004، ص 149.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

المجال إلا بالتحليلات الجينية،[45] فالخبرة الطبية في هذا المجال خطيرة جدا لا تعتمد إلا بشروط هي المشار إليها ضمن المادة 153 من مدونة الأسرة وهي كالآتي:

1- أن يكون الولد لاحقا شرعا بالأب: ويقصد هنا أن من شروط النفي عن طريق الخبرة الطبية - البصمة الوراثية - أن يكون الولد موضوع النفي لاحقا شرعا للزوج، أما إذا ثبت اختلال شروط الفراش المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 154 من مدونة الأسرة، فإن الولد في هذه الحالة الأخيرة يكون غير لاحق بالزوج بقوة الشرع، بحيث لا يحتاج في هذه الحالة للعان أو الخبرة الطبية من أجل نفي نسبه عنه، ما لم يتعلق الأمر بحالات استثنائية يثبت بها النسب خارج العلاقة الزوجية المستندة إلى الفراش الصحيح ومن ذلك مثلا حالة الاتصال بشبهة وحالة الزواج الباطل أو الفاسد.[46] وتستفاد هذه القاعدة من القراءة المتأنية للمادة 153 من مدونة الأسرة.

2 - لا نفي للنسب بدون دعوى قضائية: نظرا لما للنسب من أهمية قصوى فإن نفيه لا يتم إلا بحكم قضائي صادر عن المحكمة وفقا لما نصت عليه المادة 151 من أن النسب لا ينتفي إلا بحكم قضائي والمحكمة لا تصدر هذا الحكم إلا بعد الاقتناع.[47]

3 – إدلاء الزوج بدلائل قوية على ادعائه: لا يمكن السماح بنفي النسب بكيفية تهدم قاعدة الولد للفراش إلا إذا كانت هناك دلائل قوية على ادعاءات المدعي، الذي عليه أن يثبت تلك الدلائل أمام محكمة الموضوع بكيفية تقنع هذه الخيرة بوجهة نظره. ولم يحدد المشرع بدقة ووضوح المقصود بالدلائل القوية؛ ومن هذه الناحية يبقى تحديد ذلك داخلا في إطار السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، ويعد من باب الدلائل القوية أن يدلي الزوج المعني بالأمر مثلا -لنفي النسب- بشواهد طبية تثبت عقمه، أو بمحاضر للشرطة القضائية تفيد أن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية الخيانة الزوجية أو يتأكد أن غيره قد اتصل بها عن طريق بالشبهة، أو يتضح للمحكمة أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير مضبوطة،[48] وأن يكون مسجونا مدة طويلة يستحيل معها كون الولد منه.[49]

4 - صدور أمر قضائي بالخبرة: لا بد من أمر المحكمة المختصة بإجراء الخبرة من جهة متخصصة بحيث من غير المقبول مثلا أن تقبل من الزوج خبرة طبية اتفاقية لم يسبق للمحكمة أن أمرت بها، أو خبرة صادرة من جهة غير متخصصة، وهذه مسألة قانون لا

[45] - محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، الدار البيضاء، 2009، ص 407.

[46] - محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية -دراسة قانونية وشرعية مقارنة-، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، الدار البيضاء، 2007، ص 204.

[47] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزواج – انحلال ميثاق الزوجية وآثاره – الولادة ونتائجها، ط5، مطبعة دار النشر المغربية، المغرب، الدار البيضاء، 2006، ص 382.

[48] - محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 412.

[49] - أحمد آباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2011، ص 391.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

واقع تخضع لرقابة المجلس الأعلى. طبيعي أن الأمر الصادر من المحكمة بإجراء خبرة طبية يجب أن يسبقه التأكد من وجود الدلائل القوية التي تبيحه أو تسمح به، كما أن الخبرة تقرر عن طريق حكم يصدر عن المحكمة المختصة بشأنها، على أن تفيد القطع.[50]

ولا يكفي نفي النسب بواسطة الخبرة الطبية التي تتم بحكم تمهيدي، وإنما يجب أن يصدر ذلك النفي بحكم بات في موضوع النزاع على ما أكدته المادة 153 بالاعتماد على تقرير الخبرة الجينية.[51] ورغم ذلك فإن المشرع المغربي قيد اللجوء إلى البصمة الوراثية بشروط متشددة يجب توافرها.

أقر المجلس الأعلى بتاريخ 9 مارس 2005 الالتجاء إلى إجراء خبرة طبية، حيث جاء في هذا القرار أنه: "...وأمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور، فإنه كان على المحكمة أن تبحث في جميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعا منها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها والمحكمة لما اكتفت بالقول ردا على ملتمس إجراء الخبرة، بأن ما تمسك به الطالب يخالف أصول الفقه والحديث الشريف، دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنها لم تضع لما قضت به أساسا وعرضت قرارها بذلك للنقض ".[52]

من بين فقهاء القانون المغاربة المؤيدين لاعتماد الخبرة في مجال النسب إثباتا ونفـيا:

أ - يرى الأستاذ رشيد مشقاقة: "إن اعتماد التحليل العلمي لا سيما نظام البصمة الوراثية في مجال النسب ليس فيه ما يتعارض مطلقا مع أحكام الفقه الإسلامي ولا مع نصوص المدونة، ومؤدى ذلك العناية الفائقة التي أبداها الطب في مجال الهندسة الوراثية والتي جعلته مؤهلا ليحظى بقيمة إثباتية وافرة على عكس ما كان عليه الأمر قديما وأن تفسير الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه: "يعتمد القاضي في حكمه جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب". يجب أن يكون منفذا خصبا للاستفادة من هذا التقدم العلمي، وأن اللعان يكتنفه من جانب الملاعن (الزوج) شك وارتياب في نسب الولد على اعتبار أن اللعان وسيلة ظنية وليست قطعية لذلك وجب الركون إلى التحليل العلمي".[53]

---

[50] - محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي، الحماية والقصور، مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم لقانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، المغرب، السنة الجامعية: 2013-2014، ص 113.

[51] - ماينو جيلالي، المرجع السابق، ص 196.

[52]- قرار المجلس الأعلى، عدد 150، صادر بتاريخ 09 مارس 2005، ملف عدد 615-1-2-2003. أشار إليه محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 401.

[53]- رشيد مشقاقة، قراءات وتعليق في مدونة الأسرة، دون طبعة، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، 1998، ص 13.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

ب - في حين يرى الأستاذ محمد الكشبور: "أن البصمة الوراثية حقيقة علمية لم تعد محل جدل إلا ممن ختم الله على قلوبهم، فهي تقنية علمية تثبت وتنفي النسب البيولوجي بين شخصين لما تمتاز به من الدقة، فضلا عن التقدم الذي أحرزه الطب في هذا المجال فأصبح ذلك مبنيا على اليقين، وأن استبعاد الأخذ به من طرف القضاء قد يضر بأحكام الشريعة الإسلامية عوض خدمتها".[54]

رغم هذه الحجج المقنعة من الفريق المؤيد لاعتماد البصمة الوراثية أو كما يسميها المشرع المغربي بالخبرة الطبية في نفي النسب، إلا أنه ظهر اتجاه ثان من الفقه القانوني المغربي[55] يعارض فكرة استخدام البصمة الوراثية كوسيلة لنفي النسب كون الخبرة الطبية لم يرد النص عليها بالشريعة الإسلامية، وأن الوسيلة الوحيدة لنفي النسب هي اللعان؛ باعتباره المخرج الوحيد الذي وضعه الشرع الحكيم لصالح الزوج الذي يعوزه إثبات زنا زوجته بأربعة شهود؛ فضلا على أن التحاليل الجينية ليست وسيلة ذات مصداقية مطلقة.

الفرع الثّالث: موقف التّشريع التّونسي من الطّرق العلميّة وأثرها على اللّعان في نفي النّسب

بالنسبة للقانون التونسي نجد أن المشرع التونسي تعرض لمسألة نفي النسب في مادتين هما المادة 69 والمادة 75 من قانون الأحوال الشخصية[56] فالمادة 75 تنص على أنه: "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم، وتقبل في هذه الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية...". اشترط المشرع الحكم القضائي لنفي النسب وذلك لتعلق النسب بالنظام العام، وأجاز حرية الإثبات لنفي نسب مولود الفراش بجميع الوسائل الشرعية، وهو ما يثير التساؤل حول المقصود بالوسائل الشرعية. هل هي الوسائل التي جاءت بها الشريعة الإسلامية أم هي وسائل الإثبات التي يقرها

[54]- محمد الكشبور، نفي النسب مشروط بوجود عقد زواج صحيح، جريدة الصباح، عدد 2212، السنة الثامنة، الثلاثاء، 2007/07/22، ص. 14.https://assabah.ma / بتاريخ 25 جوان 2018 على الساعة: 20:23

[55] - من بين هؤلاء الفقهاء: محمد التاويل عضو اللجنة الملكية الاستشارية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، الخبرة الطبية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه في المنظور الإسلامي، جريدة المحجة، العدد 256، بتاريخ 2006/05/17، ص 02 :%/http://almahajjafes.net/2006/05 بتاريخ: 2020/11/18 على الساعة: 16:51. والأستاذ أحمد زوكاغي أستاذ بكلية الحقوق بمكناس، قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى حول نفي النسب بواسطة التحاليل الجينية ADN لطفلة مولودة داخل أقصى أمد الحمل، مجلة الملف، العدد 07، مؤسسة الملك عبد العزيز، الدار البيضاء، المغرب، 2005، ص 232.

[56] - أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

التشريع الوضعي التونسي؟.[57] لا شك أن التقدم الذي يتيح اليوم الوقوف بيقين على صحة النسب من عدمه عبر التحليل الجيني يمكن أن يمثل الوسيلة الأفضل لإثبات أو نفي النسب، خاصة وأن المشرع قد أقر اعتماده في إثبات الأبوة بالنسبة للأطفال المهملين أو مجهولي النسب بموجب القانون المؤرخ في 28 أكتوبر 1998[58] المنقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003.[59]

أتاح المشرع التونسي الفرصة لنفي نسب الطفل المولود في إطار علاقة زوجية شرعية بصورتين: أما الأولى فأوردها صلب الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية في فقرته الأولى[60] عندما فتح المجال لإقامة الدليل على عدم التلاقي بين الزوج وزوجته أثناء المدة القانونية للحمل وهذا الحل عرفه الفقه الإسلامي.أما الصورة الثانية فقد جاءت بالفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية[61] الذي مكن الزوج من نفي النسب بواسطة جميع وسائل الإثبات الشرعية، وتم تأويل هذه العبارة الأخيرة بصفة متباينة، فرأي أول أوّلها على أنها وسائل الإثبات المقبولة قانونا، أما الرأي الثاني[62] فقد اعتبر أنها تعني وسائل الإثبات التي قررها الفقه الإسلامي وحجته في ذلك المنشور الصادر عن السيد وزير العدل في 06 نوفمبر 1993 الذي جاء مفسرا لعبارة الموانع الشرعية على أنها الموانع التي قررها الفقه الإسلامي.

يمكن قراءة ما تم الذهاب إليه من كون الاختبارات الطبية من الوسائل الشرعية لنفى النسب، الواردة في الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية، هو ما استقر عليه الفقه التونسي، أن عبارة الشرعية تعنى ما سنه الله تعالى لعباده، وما ارتضاه ديناً وشريعة

---

[57] - ينص الفصل 427 على أن: ''البينات المقبولة قانونا خمسة وهي: أولا – الإقرار. ثانيا – الحجة المكتوبة. ثالثا – شهادة الشهود. رابعا – القرينة. خامسا – اليمين والامتناع عن أدائها''. القانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005، ص 2396.

[58] - القانون عدد 75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998، ص 2176.

[59] - القانون عدد 51 لسنة 2003 يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، بتاريخ 08 جويلية 2003، ص 2259.

[60] - نص الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية: ''لا يثبت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا ولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق''.

[61] - نص الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية: ''إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية''.

[62] - الهاشمي دحيدح، نفي النسب عن طريق تحليل الدم، مجلة القضاء والتشريع، العدد 05، تونس، 1974، ص 09.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

لهم، وهذا ما يؤيده ذلك الشرح المقدم في صلب منشور وزارة العدل التونسية في معرض تفسيرها لعبارة الموانع الشرعية الواردة في الفصل الخامس من تلك المجلة حيث جاء فيه: "أن المقصود بالموانع الشرعية هي التي أقرها الفقه الإسلامي فحسب، وعلى هذا فإن العبارة الشرعية الواردة في الفصل رقم 75 من مجلة الأحوال الشخصية يقصد بها تلك الوسائل المعتمدة في الفقه الإسلامي والتي يمكن للزوج من خلالها أن ينكر أبوته للطفل أو الحمل المراد نفي نسبه وقطعه عنه، وقد ذهب فقهاء المذاهب الإسلامية إلى أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة بنفي النسب الثابت بالفراش".[63]

بالنسبة للمشرع التونسي، فإنه لم ينص صراحة على كون اللعان وسيلة لنفي النسب وإنما أورد ذلك ضمنيا، ويتأيد هذا الرأي بأن مصادر الأحوال الشخصية تتضمن هذا الحل من ذلك أن لائحة الشيخ محمد العزيز جعيط تنص على اللعان باعتباره وسيلة لنفي النسب.[64] فضلا على أن فقه القضاء التونسي أكد ذلك إذ جاء في حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة أن: "الفقه الإسلامي جاء مقرا بطريقة معينة للفصل في مثل هذا الخلاف وهي تتمثل في تحليف كل واحد من الزوجين عدة أيمان مغلظة حسب الصيغة المضبوطة في أحكام اللعان وفي صورة إصرارهما يحكم الحاكم بنفي نسب الولد عن المنكر علاقته وبالفراق الأبدي بين الزوجين ".[65]

أثار استخدام المشرع عبارة "جميع الوسائل الشرعية"،نقاشا فقهيا بين رجال القانون، حيث انقسموا إلى قسمين: الفريق الأول رأى أن مجلة الأحوال الشخصية لائكية وقد قطعت كل علاقة صريحة مع الفقه الإسلامي. ويعتبر هذا الفريق كلمة الشرعية تعني القانونية أي المقبولة قانونا حسب القانون الوضعي، أما الفريق الثاني فيعتبر أن مجلة الأحوال الشخصية ومهما كان الأمر فهي مستمدة من الفقه الإسلامي، ويتمسك بحجة متمثلة في القول بأن الفصل 76 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أنه في صورة نفي النسب يحكم وجوبا بالتفريق الأبدي بين الزوجين، وهذا التفريق هو الذي جاء به الفقه الإسلامي بمناسبة ما يسمى باللعان، فإذا ما تم اللعان بين الزوجين فإن الحياة الزوجية أصبحت مستحيلة.

فإذا أخذنا بهذه التأويلات جاز القول أن النسب قد ينفى على أساس الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية سواء باللعان أو بالاختبارات الطبية. هذا ما دفع البعض إلى انتقاد الأخذ بهذه الوسيلة (التحليل الجيني) كوسيلة لنفي النسب ما يجعلها

---

[63] - منشور وزارة العدل التونسية رقم: 216، المؤرخ في 1993/11/06. أشار إليه: كمال البجاوي، نفي النسب، رسالة مقدمة لختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية: 1998-1999، ص 94.

[64]- جعيط محمد العزيز، لائحة مجلة الحكام الشرعية، قسم أحكام الأحوال الشخصية، دون طبعة، مطبعة الإرادة، تونس، دون سنة النشر، ص 194.

[65] - قرار محكمة الاستئناف بسوسة، عدد 3411 بتاريخ 17 جانفي 1971، مجلة القضاء والتشريع، العدد 04، تونس، 1974، ص 318.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

تؤدي وظيفة عكسية تتمثل في التشطيب على ألقاب أبناء كانت وضعيتهم الاجتماعية والقانونية مثاليه بدل تمكين أطفال مجهولي النسب من لقب عائلي.لكن من الناحية القانونية الصرفة فإن اعتماد هذه الوسيلة كوسيلة نفي نسب في فقه القضاء التونسي في طريقها إلى ذلك بالنظر إلى صياغة الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية وتقبل في هذه الصورة « جميع وسائل الإثبات الشرعية ».[66]

على هذا الأساس يمكن اعتبار هذه الوسيلة من بين الوسائل الشرعية الواردة بالنص في الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: التطبيق القضائي لبعض الدول المغاربية لإثبات نسب الطفل الناتج عن اللعان مع اعتماد البصمة الوراثية

سنتطرق إلى تقدير القاضي الجزائري لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية ضمن المطلب الأول، وإلى رأي القضاء المغربي والتونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان في المطلب الثاني.

المطلب الأوّل: تقدير القاضي الجزائري لنفي النسب بين اللعان والطرق العلمية

يعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة لنفي النسب طبقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، باعتباره الوسيلة الوحيدة في نظر الفقه الإسلامي في مجال النسب، وإن كان المشرع لم ينص عليه صراحة كما أسلفنا القول، وبالرجوع إلى نص المادة 222 من نفس القانون نعتبره كذلك؛ حيث اعتمده القضاء طريقا لنفي النسب.

الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من نفي النسب باللعان

تثير مسألة نفي النسب باللعان إشكالا كبيرا حول سلطات القاضي في تقديرها إلى جانب الطرق العلمية في مجال نفي النسب. إذا كان اللجوء للوسائل العلمية وخصوصا في الوقت الحاضر يفيد في ثبوت النسب؛ الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يعدل نص المادة 40 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، نتج عنه استحداث طرق ووسائل علمية حديثة لإثبات النسب. واعتمادا على الفقرة الثانية من هذه المادة أجاز المشرع للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، فإذا كان الأمر كذلك، أليس قبولها بمفهوم المخالفة لنفي النسب ممكنا؟.[67] ما دام أن المشرع ترك الباب مفتوحا لاجتهاد القضاء في اختيار الوسيلة المناسبة التي يقتضيها الأمر لإثبات ونفي النسب.

وعليه نرى أنه لابد من سلوك هذا الطريق –البصمة الوراثية- ولو على سبيل الاستدلال من القضاء لتسهيل مهمة القاضي في هذا الموضوع الحساس،[68] وهذا لا يعني

---

[66]-قرار محكمة الاستئناف بسوسة الصادر في1974/01/17 مجلة القضاء والتشريع، العدد 04،تونس، 1974، ص66.

[67] - محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2007-2008، ص 52.

[68]- بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، المرجع السابق، ص 44.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

إنكار اللعان بالكلية؛ إذ أنه حكم شرعي ثابت معلوم من الدين بالضرورة، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 41 من قانون الأسرة، فقد كانت قضايا النسب نفيا وإثباتا إلى وقت ليس ببعيد خصوصا قبل سنة 1984 تتم أمام إمام وعدول في المسجد قبل أن تصبح أمام قاضي الأسرة.

إن القضاء الجزائري تماشيا مع أحكام قانون الأسرة الجزائري، قد عمد إلى اللجوء للطرق التقليدية لنفي النسب، بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على اللعان كطريق شرعي لنفي النسب أو غيره من الطرق، إلا أنه استقر على عدّه كذلك، ولم يذكر أي أسلوب آخر سواه كما هو واضح من قرارات المحكمة العليا: ''حيث أنه بالفعل فإن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر طبقا للمادة 42 ق.أ، كما أن المادة 41 من نفس القانون تقضي بأن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وهو اللعان''؛[69] فإذا جمعنا نص المادة 41 فقرة 01 على جملة من الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا المتواترة في الموضوع فإننا نجد أن اللعان ما زال معتمدا، وغاية ما في الأمر أن البصمة الوراثية في الوقت الراهن تبدو أكثر يقينية في وقت عزت فيه العدالة والأمانة وتفشى إنكار الأنساب.

صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ: 2018/12/05، جاء فيه: ''لا يكون نفي النّسب إلا باللعان وهو الطريق المشروع لنفي النسب''.[70] حيث أن الطاعن أثار وجها مأخوذا من تجاوز السلطة: بدعوى أن قضاة الموضوع أعطوا تفسيرا غير صحيح للمادة 2/40 من قانون الأسرة كون المشرع لم ينص صراحة على أنها تتعلق بإثبات النّسب فقط ولا يمكن اللجوء إليها حينما يتعلق الأمر بنفي النّسب. حيث جاء رد المحكمة العليا بأن اجتهادها استقر على أن نفي النسب لا يكون إلا باللعان وهو وحده الطريق المشروع المقرر للنفي وفقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة مما يجعل الوجه غير سديد.

وجاء في قرار آخر: ''...أما نفي النسب يجب أن يكون بالطرق المشروعة والمقصود به القيام من طرف الزوج بدعوى اللعان الذي حددته الشريعة واجتهاد المحكمة العليا بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا''.[71] الأمر الذي أكده قرار حديث صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2018/12/05، جاء فيه: ''لا يكون نفي النسب إلا بالطرق المشروعة وهي اللعان في مدة قصيرة معلومة من يوم العلم بالحمل أو

[69]-قرار المحكمة العليا رقم: 172379، بتاريخ 1997/10/28،المجلة القضائية، عدد خاص،الجزائر، 2001، ص 71.

[70] - قرار المحكمة العليا رقم: 1233783، بتاريخ 2018/12/05، غرفة شؤون الأسرة والمواريث: https://elmouhami.com/ ، اطلع عليه بتاريخ: 2020/11/18، على الساعة: 10:20.

[71]-قرار المحكمة العليا رقم:204821، بتاريخ 1998/10/20،المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001، ص 82.

Journal OF LEGAL STUDIES (Class C) - مجلة الدراسات القانونية (صنف ج)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

من يوم الوضع".[72] حيث أثار الطاعن وجهين للطعن جاء فيهما أن قضاة المجلس قبلهم قاضي المحكمة اعتبروا بأن نفي النسب لا يكون إلا بالطرق الشرعية عن طريق دعوى اللعان والحال خلافا لذلك، إذ أن من الطرق الشرعية التي قصدها المشرع في نص المادة 41 من قانون الأسرة هي اللجوء إلى الخبرة الطبية لا سيما مع وجود إقرار من طرف المطعون ضدها حول علمها بعقمه وعدم الإنجاب. لكن جاء رد المحكمة العليا، حيث إن ما ينعاه الطاعن غير جدي فنفي النسب لا يكون إلا بالطرق المشروعة وذلك عن طريق رفع دعوى اللعان ضد الزوجة كما جاء في الكتاب والسنة وفي مدة قصيرة من يوم العلم بالحمل أو من يوم الوضع، ومن ثم فإنه لا يجوز نفي النسب بالطرق العلمية كما يرغب في ذلك الطاعن مما يجعل ما أثاره غير سديد يتعين رفض الوجهين.

كنتيجة لهذا الفرع، نلاحظ أن سلطة القاضي في نفي النسب مقيدة بنص المادة 41 من قانون الأسرة والتي تضمنت الطريق المشروع والوحيد لنفي النسب هو اللعان، على حسب ما فسره القضاء الجزائري واستقر عليه من دون اللجوء إلى الطرق العلمية المنصوص عليها في المادة 2/40 من نفس القانون؛ الأمر الذي يؤكده اجتهاد المحكمة العليا في قرارات تبدو حديثة: الأول صادر بتاريخ: 2018/11/07 والذي جاء فيه بأنه لا يجوز شرعا وقانونا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان. والثاني صادر في 2019/01/09، جاء فيه نفي النسب لا يكون إلا بدعوى اللعان، وليس بالبصمة الوراثية.[73]

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في نفي النسب بالبصمة الوراثية

إذا ما أردنا معرفة موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية وإمكانية اعتبارها طريقا لنفي النسب، نعود لما ورد في أحد قرارات المحكمة العليا،[74]حيث تتلخص حيثياته في أن الطاعنة (ر.ف) طعنت بطريق النقض بتاريخ 2009/01/11 بواسطة عريضة قدمها محاميها ضد القرار الصادر عن مجلسي قضاء سطيف بتاريخ 04/27/ 2008 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة سطيف بتاريخ 2007/12/15 والذي قضا تمهيديا وقبل الفصل في الموضوع بتعيين خبيرين مختصين في الطب الشرعي والكائن مقرهما بمصلحة الطب الشرعي بمستشفى بن باديس بقسنطينة ليقوم كل واحد منهما بإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده

---

[72] - قرار المحكمة العليا رقم: 1257220، بتاريخ: 2018/12/05، غرفة شؤون الأسرة والمواريث: https://elmouhami.com/ ، المرجع السابق.

[73] - قرار المحكمة العليا رقم: 1246037، بتاريخ: 2018/11/07. قرار المحكمة العليا رقم: 1269341، بتاريخ: 2019/01/09، غرفة شؤون الأسرة والمواريث: https://elmouhami.com/ ، المرجع السابق.

[74]-قرار المحكمة العليا رقم:605592، بتاريخ2009/10/15، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 2010، ص 245.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

(س.ش) والولد (س.أ) وهذا بعد أخذ عينة من أنسجتهما والقول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه ومن ثم إذا كان المطعون ضده والد الولد أم لا.

حيث تبين بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه، أن المطعون ضده رفع دعواه ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية وتكليف بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للمطعون ضده وللطاعنة، وكذا الشفرة الوراثية للولد الذي ينكر المطعون ضده نسبه إليه، والقول ما إذا كان الولد من صلبه أم لا، وفي حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه وإلغاء شهادة ميلاده.

حيث أن الحكم المستأنف قضى بتعيين خبيرين مختصين في مجال الطب الشرعي لإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للمطعون ضده والولد (س.أ) وذلك بعد أخذ عينات من أنسجتهما، والقول ما إذا كانتا متطابقتين من عدمه، ومن ثم ما إذا كان المطعون ضده هو الولد أم لا.وبالرجوع إلى الحكم المستأنف فإن الطاعنة تمسكت برفض الدعوى لسبق الفصل فيها، إذ تبين فعلا بالرجوع إلى أوراق الملف أن النزاع سبق طرحه على القضاء وكان آخر قرار صدر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2006/10/02 وقضى من جديد بعدم قبول دعوى الملاعنة التي رفعها المطعون ضده لورودها خارج الأجل الشرعي. وبعد الطعن بالنقض ضد ذلك القرار من قبل المطعون ضده، رفضت المحكمة العليا طعنه بموجب القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2008/07/16.

وحيث أنه ما دام المطعون ضده قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بأحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه: '' يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب''.

وحيث أن المطعون ضده رفع دعوى اللعان ولم تقبل منه لاختلال شروطها، فليس له اللجوء إلى طريق آخر، ويبقى معه نسب الولد ثابتا؛ وفي قضية الحال اختل أحد شروط قيام دعوى اللعان وهو ضرورة ورودها في الآجال المحددة شرعا وقضاء وهي ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا ولا تقبل من رافعها بعد ذلك، وهو ما نراه مجحفا في حق الملاعن زوجته؛ إذ قد يتعذر أحيانا الالتزام بالأجل، كما أن إثبات الزنى يحتاج إلى أربعة شهود كما هو مبين شرعا.

جاء رد قضاة المحكمة في قرار صادر بتاريخ 15 مارس 2012 من أن اللجوء إلى الطرق العلمية مقررة لإثبات النسب وليس لنفيه، بدعوى أن المادة 2/40 من قانون الأسرة فتحت المجال لقطع دابر الشك حول النسب بالركون إلى الطرق العلمية لإثباته أو نفيه وأنه أمام تمسك الطاعن بإجراء التحليل الطبي بواسطة الحمض النووي وتقديمه

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

شهادة طبية تفيد عجزه الجنسي عن الإنجاب فإن قضاة الموضوع خالفوا نص المادة 2/40 المذكورة وعرضوا قرارهم للنقض.[75]

وبنفس الكيفية التي قوبل بها القرار السابق قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 15 مارس 2012 برفض الطعن، واعتبرت طلب الطاعن الرامي إلى إجراء خبرة لتحليل "ADN" للتأكد من ثبوت نسب البنت له، طلب غير مؤسس كون البنت قد ولدت أثناء قيام العلاقة الزوجية، وأن الطاعن لم ينف الحمل بالطرق المشروعة المتمثلة في اللعان خلال مدة 8 أيام من تاريخ الحكم. مما يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.[76] بل ذهب قضاة المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك في قرار صادر بتاريخ 2012/11/14 جاء فيه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقر، حال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر. لا يحتمل الإقرار النفي، لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية، وتحت أي ادعاء بالتبني أو بغيره".[77]

يستنتج من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا كرسوا مبدأ "أن الطريق الشرعي والقانوني لنفي النسب هو اللعان دون غيره من الأدلة العلمية". الأمر الذي أكّده القرار المؤرخ في 2012/12/13: "النسب الثابت بالفراش، لا ينتفي إلا باللعان والمقصود في المادة 41 من قانون الأسرة لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، بطلب من الزوج".[78]

لكن ما يمكن استنتاجه من خلال الرجوع إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية، حيث جاء في إحدى حيثياته: "...غير أنه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم من القاضي،[79] ويعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا وقانونا في نفي النسب".[80]

في هذا الحكم الصادر عن محكمة المدية، ورغم عدم إلزام القضاة الآخرين به لعدم اعتباره اجتهادا قضائيا أو سابقة قضائية لعدم صدوره عن المحكمة العليا، ولكنه

---

[75]-قرار المحكمة العليا رقم:690718 بتاريخ 2012/03/15، المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، 2013، ص 268.

[76]-قرار المحكمة العليا رقم:704222، بتاريخ2012/03/15، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 2013، ص 262.

[77]- قرار المحكمة العليا رقم:0761943، بتاريخ2012/11/14،المجلة القضائية، العدد 02 الجزائر، 2013، ص 284.

[78]-قرار المحكمة العليا رقم:828820، بتاريخ2012/12/13، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 2014، ص 323.

[79]- قرار المحكمة العليا رقم: 35087، بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 1990، ص 86.

[80] - حكم المحكمة الابتدائية رقم: 83/180 بتاريخ 1983/04/03، نشرة القضاة، العدد 04، الجزائر، 1986، ص 84. نقلا عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج والطلاق-، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2010، ص374.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

يسمح باعتماد طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب، وهو بالتالي ما يسمح باللجوء إلى البصمة الوراثية. هذا ما يطالب به المتقاضين اليوم في العالم الإسلامي. حيث أنه وعلى مستوى القضاء الجزائري على وجه الخصوص نلاحظ التزايد المستمر للدعاوى الخاصة بمسائل الأنساب، سواء لأجل الإثبات أو النفي، وذلك لتعلق أصحاب هذه الدعاوى بالنتائج الجدية للتحاليل.[81]

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 05 مارس 2006، من أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود للمطعون ضده، باعتباره أبا له، كما أثبتت الخبرة العلمية (ADN)، من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده ومن صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة. فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن، ولا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه.[82]

بالرغم من أن العلاقة غير شرعية وقضية الحال تتعلق بإثبات النسب، ومع ذلك فإن المحكمة العليا قد أحسنت صنعا في هذا القرار، عندما اعترفت بدور الخبرة العلمية الطبية، وبالقوة الثبوتية لهذه الوسيلة في إثبات النسب وبدون منازع. فإنه مع تطور التجارب المخبرية والبيولوجية والطبية لفحوصات الدنا (DNA)، التي أصبحت لا تتناول مجرد عينات الدم، وإنما الخصائص الجينية الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي نتائج مؤكدة لا تدع مجالا للشك حول هوية والدي الطفل المتنازع عليه.[83]

المطلب الثّاني: رأي القضاء المغربي والتونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان

لقد ثمن القضاء المغربي والتونسي لتقنية البصمة الوراثية وأهميتها في نفي النسب، حيث يحسب للتشريع المغربي أنه كان من السابقين للاستفادة من البصمة الوراثية لإثبات ونفي النسب في نفس الوقت. أما من جانب المشرع التونسي فالظاهر أنه لم يتناول قضية البصمة الوراثية واستخدامها في نفي النسب. وطبقا لذلك سنستعرض كل من موقف القضاء المغربي والتونسي من البصمة الوراثية وأثرها على اللعان لنفي النسب.

---

[81]- نجومن م. قندوز سناء، اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 04، العدد، 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2011، ص 128.

[82]-قرار المحكمة العليا رقم:355180، بتاريخ 2006/03/05، المجلة القضائية، العدد01، الجزائر، 2006، ص 469.

[83]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج والطلاق-، المرجع السابق، ص 402.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

الفرع الأوّل: موقف القضاء المغربي من اللعان والبصمة الوراثية في نفي النسب

يعتبر اللعان أهم وسيلة شرعية لنفي الحمل أو النسب عن الزوج بالخصوص، لكن يقع الإشكال لمّا تتعارض هذه الوسيلة مع الخبرة الطبية والمقصود بها البصمة الوراثية.

تكتسي الخبرة الطبية قوتها من المادة 153 والمادة 152 من مدونة الأسرة، مما يعطي الحق للزوج طلب خبرة طبية لتحديد النسب أو نفيه، والخبرة الطبية لا تكون قاصرة على فراش الزوجية، فحتى النيابة العامة يمكنها أن تثير تلقائيا إجراء خبرة طبية لتحديد المنسوب إلى المشتبه به لتحديد هل الحمل لاحق ب هام لا؟ وهل هو من صلبه أم لا؟.

بالنسبة للقضاء المغربي وقبل تعديل مدونة الأحوال الشخصية سنة 2004، كان يرفض صراحة الاستعانة بالتحاليل الطبية في مسائل الأنساب المتنازع عليها كطريق لنفي النسب، وبناء على الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قرر القضاء المغربي أن اللعان هو الوسيلة الوحيدة لنفي النسب عن الزوج، واستقر القضاء على رفض اعتماد الخبرة الطبية عامة كوسيلة من وسائل إثبات أو نفي النسب.[84]

جاء في قرار صادر بتاريخ 9 فبراير 1982 فقد ورد فيه: "إن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب، وأنه إذا كان الشرع والقانون يعتدان برأي الخبرة من الأطباء في عدة مسائل فإنهما لم يعتدا برأيهم فيما يرجع لنفي النسب، استنادا إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب، مادام في وسع ذلك الزوج نفي النسب عن طريق اللعان".[85] ومن بين القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى التي استبعدت التحليل الطبي في نفي النسب، القرار الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 1981، جاء فيه: "...يلتجأ إلى التحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم، علة أو حملا إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء السنة ومن تاريخ الطلاق أو الوفاة ولا يلتجأ إلى هذه الوسيلة في نفي النسب ".[86] غير أنه بعد التعديل أجاز العمل بهذه الخبرة أو استعمال البصمة الوراثية كطريق للكشف عن الأنساب إثباتا أو نفيا، مع التقيد بشرطين في حالة النفي أولاهما إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه وثانيا صدور أمر قضائي بالتحكيم للخبر القضائية.

---

[84]- خالد برجاوي، قواعد اثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05-07 ماي 2002، ص 655.

[85]- هيئة المحامين، الاجتهاد القضائي، مجلة المحاكم المغربية، الغرفة الاجتماعية، العدد 37، الدار البيضاء، المغرب، 1985، ص 90.

[86] - قرار المجلس الأعلى رقم: 527 الصادر بتاريخ 1981/09/15، ملف اجتماعي رقم: 91217، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 30، بالمغرب، 1982، ص 85.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

إن نفي النسب عن طريق الخبرة يتطلب شرطي المادة 153 من مدونة الأسرة،[87] وعليه فإن مسلك الخبرة كوسيلة لنفي النسب تحكمها وقائع كغياب الزوج وتواجده خارج البلد، أو كون الزوج عقيما، حيث يتسع معها موضوع نفي النسب، غير أن هذا النفي بدوره يتطلب شرط فراش صحيح بين الزوجين لتتم المنازعة بينها وبين اللعان، لكن ما موقف القضاء المغربي من هذا التنازع الثنائي للخبرة واللعان في مجال نفي النسب؟.

بالرجوع إلى نص المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية". والملاحظ أن المشرع المغربي اعتمد عبارة " أو" التي تفيد الاختيار؛ فهل يعني ذلك أنه يجب مراعاة الترتيب حسب ما نصت عليه المادة؟. فتوافر حجج قوية تفضي إلى ثبوت النسب يغنينا عن نفي النسب، ولكن عدم توافر هذه الحجج وبمفهوم المخالفة يعطي الحق في نفي النسب، ولكن هل هناك من سبيل لصياغة ترتيبية في مجال نفي النسب بين اللعان والخبرة الطبية؟.

إن ما نصت عليه المادة 153 من المدونة باعتبار الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من طرف الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع. نستفيد من هذا النص أن صاحب دعوى نفي النسب له حق الاختيار بين اللعان كوسيلة شرعية لنفي النسب وبين الخبرة الطبية (البصمة الوراثية) كمستجد بيولوجي علمي لهذا النفي، وهنا يمكن الاستعانة ببعض الاجتهاد القضائي المغربي.

جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 9 مارس 2005 مايلي: "...حيث صح ما عابه الطالب على القرار المطعون فيه، ذلك أنه وإن كان الفراش الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النسب فإن ذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة التاريخ وداخل الأمد المعتبر شرعا بشكل لا مراء فيه ولا جدال...وأنه أمام اختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياد الابن المذكور فإنه كان على المحكمة أن تبحث في جميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعا ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها والمحكمة لما اكتفت بالقول ردا على ملتمس إجراء الخبرة، بأن ما تمسك به الطالب يخالف أصول الفقه والحديث الشريف، دون اعتماد نص قاطع في الموضوع، فإنها لم تضع لما قضت به أساسا وعرضت قرارها بذلك للنقض".[88]

---

[87] - تنص المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "...يعتبر الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: - إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة ". القانون رقم: 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، المرجع السابق.

[88] - قرار المجلس الأعلى عدد 150 صادر بتاريخ 09 مارس 2005، ملف عدد 615-1-2-2003. أشار إليه: محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 401.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

ما يمكن ملاحظته عن هذا القرار أن النزاع حصل في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وأن الطعن فيه أمام المجلس الأعلى قد تم في ظل مدونة الأسرة الجديدة، حيث قرر المجلس الأعلى أنه ليس هناك ما يمنع محكمة الموضوع من اعتماد الخبرة الطبية في مجال النسب، انطلاقا من التوجه الجديد لمدونة الأسرة الجديدة، وقد أكد المجلس الأعلى موقفه هذا لاحقا حيث قرر أن: "...الفراش الصحيح حجة قاطعة على ثبوت النسب ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان أو خبرة طبية إذا توافرت شروطها".[89]

من خلال مجموعة القرارات الصادرة عن محكمة النقض، تراجعها عن مواقفها المتشددة إزاء إعمال الخبرة الطبية، إذ نجدها تدعوا إلى اعتماد الخبرة رغم أداء الزوج يمين اللعان. جاء في قرارها الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 جانفي 2006: "...حيث صح ما عابه السبب، ذلك أن الفراش يكون حجة قاطعة على ثبوت النسب، شرط تحقق الإمكانيين المادي والشرعي، والثابت من أوراق الملف أن الطاعن نازع في نسب الابن إليه، وادعى أنه لم يتصل بالمطلوبة منذ ازدياد الابن الأول، أي أنه استبرأها بعد هذا الوضع وأدى يمين اللعان على ذلك، في حين رفضت المطلوبة أداءها رغم توصلها، كما رفضت الحضور أثناء أداء اليمين، ورفضت ذلك الخبرة، والتمس إجراء خبرة قضائية لإثبات عدم نسب المولود إليه والتمسك بها، والمحكمة لما عللت قرارها بأن الخبرة ليست من وسائل نفي النسب شرعا في حين أن المادة 153 من مدونة الأسرة النافذة المفعول بتاريخ القرار المطعون فيه، والواجبة التطبيق والتي تنص على أن الخبرة القضائية من وسائل الطعن في النسب إثباتا أو نفيا، تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس، ولم تعلله تعليلا سليما مما يعرضه للنقض...".[90]

نستنتج من خلال هذا القرار أن اللعان له أولوية في التطبيق لنفي النسب لتوافر العلاقة الزوجية وحفظ النسب بالخصوص، وضمان استمرار كيان الأسرة تقتضي اعتماد الوسائل الشرعية أولا ثم الوسائل الحديثة ثانيا، هذا في حالة رفض الزوجة أداء يمين اللعان.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات جاء فيه: "...وحيث إن المحكمة لم تكن تتوفر على العناصر الكافية للبت في الطلب مما أمرت تمهيديا بإجراء خبرة طبية أسندت للمختبر العلمي للدرك الملكي.وحيث أسفر تقرير الخبرة المنجزة

---

[89] - قرار المجلس الأعلى عدد 04، صادر بتاريخ 04 جانفي 2006، ملف شرعي عدد 2004-1-2/547، أشار إليه: محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، نفس المرجع، ص 402.

[90]- قرار المجلس الأعلى عدد 37 بتاريخ 2006/1/18 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/108، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، العدد 66، ص 111. نقلا عن أباكريم عزيز وآخرون، وسائل إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، دراسة للبصمة الوراثية كمستجد بيولوجي علمي ينازع اللعان كلازمة شرعية في مجال النسب، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادير، المغرب، السنة الجامعية: 2009- 2010، ص 75.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

بتاريخ 2006/03/30 على أن المدعى عليه هو أب الطفل أحمد بنسبة أبوة تناهز 99,999%. وحيث إن إنكار المدعى عليه أن يكون الحمل منه رغم توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة تفنده نتائج الخبرة القضائية التي تفيد القطع بوجود العلاقة البيولوجية بين المدعى عليه وبين الطفل أحمد. وحيث إن البصمة الوراثية تتضمن البنية التفصيلية التي تدل على كل شخص بعينه ولا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية. وحيث إنه والحالة هاته تبقى دفوع المدعى عليه غير جدية ويتعين ردها...''.[91]

الفرع الثاني: رأي فقه القضاء التونسي في البصمة الوراثية وأثرها على اللعان

رغم أن مقتضيات الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية لا تنص صراحة على اعتماد إجراء التحليل الجيني في قضايا النسب، بقوله: ''...وتقبل في هاته الصورة جميع وسائل الإثبات الشرعية''، ورغم الجدل القضائي الذي أثارته لفظة الشرعية، إلا أن القضاء التونسي قبل اعتمادها في قضايا نفي النسب. الظاهر من النصوص القانونية أن المشرع التونسي لم يتعرض صراحة إلى مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية، إذا ما استثنينا قانون 28 أكتوبر 1998، الذي اعتمد صراحة طريقة التحليل الجيني في إثبات الأبوة والأمومة البيولوجية وجعلها مستقلة بذاتها على غرار الإقرار والشهادة.

غير أن التطبيقات القضائية كانت عكس ذلك إذ أثيرت مسألة استخدام التحاليل الدموية لنفي النسب في قضايا عديدة أبدى القضاء موقفه منها؛ حيث عرض موضوع نفي النسب على محكمة الاستئناف بسوسه، قررت أن التحليل الطبي بالدم يعتبر وسيلة شرعية من بين الوسائل المنصوص عليها بالفصل رقم 75 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي ينتفي بها النسب. وقد أيدت محكمة التعقيب هذا القرار وضمّنت ذلك صلب حيثياته والتي قالت فيه: ''إن وسيلة الإثبات التي أخذت بها محكمة الاستئناف بسوسه، هي وسيلة شرعية يقررها الشارع، ويأخذ بها ويعتمدها كما يعتمد على وسائل الإثبات الأخرى المثبتة، كحصول اليقين بعد التلاقي مطلقاً ''.[92]

لقد استقر قضاء محكمة التعقيب التونسية على هذا الرأي، حيث قضت مرة أخرى باعتماد الاختبارات الجينية والبصمة الوراثية كوسيلة لنفي النسب، جاء في حيثيات أحد أحكامها: ''بأن نفي النسب في هذه الحال يكون مع توافر الفراش والزواج الصحيح، ولكن الولادة أو الحمل الذي جاءت به الزوجة هو موضوع الطعن، والنفي بحسب ما يقدمه الزوج من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، والتي لا تعد شهادة

[91]- حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 100/480، بتاريخ 2006/07/25، مجلة قضاء الأسرة، العدد 03، الرباط، 2006، ص 132.

[92]- قرار مدني تعقيبي عدد 27777 الصادر في 26 جانفي 1993. أشار إليه بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة منتوري بقسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2011-2012، ص 162.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

الشهود فيه كافية، بل يجب الاعتماد على الأبحاث والاختبارات الطبية، والتي قد يكون لها تأثير سلبي أو ايجابي ومن ذلك وسيلة تحليل الدم لكل من الزوج أو الزوجة والمولود المطالب بنفي نسبه، وأنه لا شيء يمنعه من اعتماد تلك الوسيلة التي تحقق علماء الطب الشرعي من صحتها، والتي تعتبر طريقة علمية قاطعة ".[93]

هذا ما درج عليه فقه قضاء هذه المحكمة وبالتالي نرى بأن القضاء التونسي سواء كان قضاء الاستئناف أو التعقيب، يعتبر الاختبارات الطبية من الوسائل الشرعية لنفى النسب. جاء في إحدى القرارات الاستئنافية،[94] استندت المحكمة إلى تحاليل الدموية لنفي النسب...فقضت محكمة الاستئناف بإجراء ذلك التحليل وأكد الخبير المنتدب أن ذلك الطفل لم يكن من صلب الزوج وقضت محكمة الاستئناف بسوسة بنقض الحكم الابتدائي والقضاء بنفي النسب.[95] اعتبرت محكمة الاستئناف بسوسة أن هذه الوسيلة هي وسيلة شرعية على معنى الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية، وعللت قرارها بصورة مطولة تعرضت فيه للفقه الإسلامي وإلى وسيلة اللعان، واستندت إلى عدة حجج من شأنها أن تدعّم موقفها، ومن بينها التقدم العلمي الذي أضحى يمكّن في بعض الأحيان من نفي النسب بصورة قطعية. كما بينت أن المحاكم في كثير من الصور تعتمد الاختبارات الطبية بتقدير نسبة العجز في قضايا حوادث المرور وحوادث الشغل أو لبيان سبب الموت في بعض قضايا القتل، وعلى ضوء القانون المقارن وخاصة الفرنسي اعتبرت أن هذه التحاليل من بين الوسائل الشرعية على معنى الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية.[96]

إن نفي النسب باعتماد أحكام الفصلين 75 و76 مجلة الأحوال الشخصية عوض به المشرع اللعان الوارد به الفقه الإسلامي، فجعل أسباب نفي الحمل محدودة والنتائج المترتبة عن الدعوى هي الفراق الأبدي بين الزوجين بعد ثبوت نفي النسب وهو نفس الحكم المقرر للملاعنة.

كان على محكمة القرار المنتقد مراعاة واقع الطرفين وظروفهما وملابسات القضية خاصة، وما تشير إليه المحاضر المتعددة، وتؤكده من توتر للحياة الزوجية بينهما وما جاء من شهادات، وأن تسعى وهي صاحبة التعهد بالنظر إلى فحص ما يستند إليه الزوج لإثبات ريبته ونفي للنسب الذي يطالب به، وهي عناصر مادية من الواجب فحصها واستنتاج ما يجب استنتاجه منها إذا يمكن أن يكون لها تأثير إيجابي أو سلبي ضمن بقية

---

[93]- قرار محكمة التعقيب التونسية عدد 11005 صادر بتاريخ 1996/07/27. أشار إليه: كمال لبجاوي، نفي النسب، رسالة مقدمة لختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء بتونس، 1998-1999، ص 92.

[94]- قرار استئنافي مدني، سوسة، عدد 3411، بتاريخ 1974/01/17، مجلة القضاء والتشريع، العدد 04،تونس، 1974، ص 66.

[95]-ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، دون طبعة، مركز النشر الجامعي، تونس،2011، ص 227.

[96] - ساسي بن حليمة، المرجع السابق، ص 229.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

المقتضيات، وإغفال محكمة الموضوع لذلك يجعل قضاءها معيبا بضعف التعليل وخارقا للقانون ومتسما بالإفراط في السلطة بصورة تعرضه للنقض".[97]

سارت محكمة التعقيب على هذا الرأي في بعض القرارات اللاحقة، معتبرة أن التحليل الدموي من بين الوسائل التي ينتفي بها النسب. "...إذا كان الحمل الذي جاءت به الزوجة هو موضوع الطعن والنفي، فإن ذلك ممكن بحسب ما يقدمه الزوج من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، والتي لا تعد شهادة الشهود فيه كافية بل يجب الاعتماد على الأبحاث والاختبارات الطبية التي يكون لها تأثير سلبي أو إيجابي، ومن ذلك وسيلة تحليل دم كل من الزوج والزوجة والمولود المطالب بنفي نسبه.

- وأنه لا شيء يمنع من اعتماد وسيلة تحليل الدم التي حقق الطب الشرعي صحتها، والتي تعد طريقة علمية قاطعة. وهو ما درج عليه فقه قضاء محكمة التعقيب.

- إن نفي النسب باعتماد أحكام الفصلين 75 و76 مجلة الأحوال الشخصية عوض به المشرع اللعان الوارد به الفقه الإسلامي، فجعل أسباب نفي الحمل محدودة والنتائج المترتبة عن الدعوى هي الفراق الأبدي بين الزوجين بعد ثبوت نفي النسب وهو نفس الحكم المقرر للملاعنة.

- كان على محكمة القرار المنتقد مراعاة واقع الطرفين وظروفهما وملابسات القضية خاصة، وما تشير إليه المحاضر المتعددة، وتؤكده من توتر للحياة الزوجية بينهما وما جاء من شهادات، وأن تسعى وهي صاحبة التعهد بالنظر إلى فحص ما يستند إليه الزوج لإثبات ريبته ونفي للنسب الذي يطالب به، وهي عناصر مادية من الواجب فحصها واستنتاج ما يجب استنتاجه منها إذا يمكن أن يكون لها تأثير إيجابي أو سلبي ضمن بقية المقتضيات، وإغفال محكمة الموضوع لذلك يجعل قضاءها معيبا بضعف التعليل وخارقا للقانون ومتسما بالإفراط في السلطة بصورة تعرضه للنقض".[98]

جاء في قرار تعقيبي بتاريخ 08 نوفمبر 2012: "لا خلاف في أنه ومن بين وسائل الإثبات في مادة نفي النسب التحليل الدموي الذي يتيح اليوم الوقوف بيقين على صحة النسب من عدمه عبر التحليل الجيني، وبذلك فهو يمكن أن يمثل الوسيلة الأفضل لإثبات أو نفي النسب حتى ولئن أقره المشرع أساسا بموجب القانون المؤرخ في 1998/10/28 والمنقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 بوصفه وسيلة لإثبات الأبوة والأمومة على اعتبار أن نفي النسب يقبل فيه جميع وسائل الإثبات الشرعية ومن ذلك الاختبارات الطبية.

---

[97] - قرار استئنافي مدني، سوسة، عدد 3411، بتاريخ 1974/01/17، مجلة القضاء والتشريع، العدد 04، تونس، 1974، ص 66.

[98]- قرار مدني تعقيبي عدد 27777 الصادر في 26 جانفي 1993، أشار إليه: بوصبع فؤاد، المرجع السابق، ص 162.

Journal OF LEGAL STUDIES (Class C) - مجلة الدراسات القانونية (صنف ج)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

- إن التحليل الجيني بوصفه وسيلة علمية ووسيلة استقراء الغرض منها البحث عن الحقيقة، فإنه لا بد لعمل الطبيب المنتدب في الغرض أن يكون كافيا وضافيا وجازما في مضمونه لا يدع المجال لأي لبس باعتبار ما لرأيه من أهمية في حسم مسألة نفي النسب، وبالنظر أيضا إلى خطورة آثار نفي نسب المولود في فراش صحيح على الطفل، وعلى المجتمع.

- من أوكد واجبات المحكمة إجراء رقابتها على أعمال الاختبار فإذا تبين لها وجود نقص أو غموض في بعض أعماله من إخلالات وذلك تحقيقا للغاية المرجوة منه وتجنبا لهضم حق الدفاع''.[99]

هكذا نرى أن القضاء التونسي سواء الاستئنافي أو التعقيبي يعتبر الاختبارات الطبية والتحاليل الدموية من الوسائل الشرعية لنفي النسب، وبهذا يكون القضاء التونسي قد فتح الباب واسعا لاستخدام الوسائل العلمية في نفي النسب وتشكل البصمة الوراثية إحدى أهم هذه الوسائل على الإطلاق.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من الملاحظات والنتائج تتمحور حول النقاط الآتية:

- النسب مقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية أحاطته بحماية خاصة ومتميزة.

- المحافظة على الأنساب والنسل من أهم مقاصد الزواج التي تضمنتها قوانين الأسرة وأحوال الشخصية العربية.

- الزواج الشرعي هو السبيل الوحيد للنسب الشرعي تأسيسا على قاعدة : "الولد للفراش" ، ونسب الزنا لا يثبت من أي وجه.

- المصلحة الفضلى للطفل مجهول النسب أو المتخلى عنه تقتضي حقه في معرفة والديه، وإلحاق نسبه إلى أبيه، حتى وإن كانت أدلة الإثبات ضئيلة في الحجية واليقينية تأسيسا على قاعدة "إحياء الولد".

- الأبحاث العلمية والطبية لا تتعارض مع مقتضى الشرع، بل هي من صميم الشريعة؛ فالإسلام وأحكامه صالحة لكل زمان ومكان.

- الطرق الحديثة في الإنجاب مع ما تثيره من اختلافات في الرؤى الاجتهادية الفقهية جائزة بضوابط بينتها الشريعة والقوانين الوضعية، الأمر الذي يمكن أن نقدم بشأنه المقترحات الآتية:

- اللعان لم يعد الوسيلة الشرعية الوحيدة لنفي النسب خاصة بعدما تراجع مستوى الأمانة والورع حتى في ظل الاعتراف بشرعية الزواج، لذا ينبغي تفعيل دور الوسائل

[99] - قرار تعقيبي عدد 76734.2012 مؤرخ في 08 نوفمبر 2012. أشارت إليه: فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 327.

العلمية لأنها أكثر يقينية في النفي والإثبات معا، وأنها لا تتعارض مع مقتضى الزواج ولا مقتضيات الشرع. وهذا لا يعني ضمنيا إنكار اللعان كلما دعت الضرورة إليه واحترمت شروطه وإجراءاته، لأن النصوص الشرعية فيه ثابتة وقطعية الدلالة.

- وجود طرق حديثة في الإنجاب يقتضي الاستفادة من هذه الوسائل درءا لشبهة اختلاط الأنساب ومفسدة الطعن في الأعراض، أو الأخطاء الفنية في عملية المساعدة الطبية على الإنجاب.

- حق مجهولي النسب والأطفال المتخلى عنهم في معرفة الوالدين وإلحاق النسب إلى الأب ضرورة شرعية واجتماعية أشار المشرع إليها في الماد 72 من الدستور وكأنه يدعو إلى ضرورة إثراء المنظومة القانونية الوضعية في قانون الأسرة والحالة المدنية والصحة العمومية في هذا المجال.

- وسائل المساعدة الطبية على الإنجاب كما أشار إليها قانون الصحة الجديد 18-11، لابد أن تأخذ في الحسبان الطرق الشرعية في نفي النسب لا يمكن الاستغناء عنها تماما وأن الإثبات والنفي معا ينبغي أن يكونا على مستوى من اليقينية تنتفي معه كل الشبه والتناقضات ومن ثم التعارضات بين الأحكام القضائية التي غالبا ما تثبت الأبوة البيولوجية لا الأبوة الشرعية.

- ضرورة تفعيل البصمة الوراثية في النفي والإثبات على سبيل الإلزام لا الجواز، وإلزام أطراف دعاوى النسب بالخضوع إلى تحاليل الشفرة الجينية وتزويد أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري، يتعرض فيها كل من ينكر نسبه أو يقع في عرض زوجه بعقوبات جزائية سدا للذرائع.

قائمة المراجع:

- الكتب:

- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح للبخاري، ج1، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2008.
- أحمد آباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2011.
- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج21، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981.
- بفقير محمد، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسة القانون والعمل القضائي المغربيين، ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، المغرب، 2011.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الزواج والطلاق-، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2010.
- تمام محمد اللودعمي، الجينات البشرية وتطبيقاتها-دراسة فقهية مقارنة-، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، فرجينيا، 2011.
- جعيط محمد العزيز، لائحة مجلة الحكام الشرعية، قسم أحكام الأحوال الشخصية، دون طبعة، مطبعة الإرادة، تونس، دون سنة النشر.
- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، -دراسة فقهية مقارنة-، ط1، دار النفائس، الأردن، 2006.
- رشيد مشقاقة، قراءات وتعليق في مدونة الأسـرة، دون طبعة، مطبعـة المعارف الجديدة، المغرب، 1998.
- ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، دون طبعة، 2011.
- سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية آفاق فقهية وقانونية جديدة -دراسة فقهية مقارنة-، ط2، مكتبة وهبة، القاهرة، 2010.
- طه المقدميني، قائمة مناشير وزارة الصحة، تطاوين، تونس، ماي 2015.
- عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجينات البشرية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة (3)، ط1، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2011.
- عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة فقهية مقارنة-، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ط1، دار الفضيلة، الرياض، 2002.
- فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الزواج -انحلال ميثاق الزوجية وآثاره- الولادة ونتائجها، ط5، مطبعة دار النشر المغربية، المغرب، الدار البيضاء، 2006.
- محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، قراءة في المستجدات البيولوجية -دراسة قانونية وشرعية مقارنة-، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، الدار البيضاء،2007.
- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، الدار البيضاء، 2009.
- محمد جبر الألفي، إثبات النسب ونفيه بالبصمة الوراثية، دون طبعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2015.
- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج11، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- هشام بن عبد الملك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، ط1، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2006.

- الرسائل والمذكرات:

- أباكريم عزيز وآخرون، وسائل إثبات النسب ونفيه بين الشريعة والقانون المغربي، دراسة للبصمة الوراثية كمستجد بيولوجي علمي ينازع اللعان كلازمة شرعية في مجال النسب، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعيـة، أكادير، المغرب، السنة الجامعية: 2009- 2010.
- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة منتوري بقسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2011-2012.
- حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 1997-1998.
- سهير سلامة حافظ الأغا، قوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصر، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، السنة الجامعية: 2009-2010.

ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

- كمال البجاوي، نفي النسب، رسالة مقدمة لختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، السنة القضائية: 1998-1999.
- ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2014-2015.
- محمد أشو، الولد غير الشرعي في القانون المغربي، الحماية والقصور، مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم لقانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، المغرب، السنة الجامعية: 2013-2014.
- محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الموريتاني-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2007-2008.

– المقالات المنشورة:

- أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، العدد 01، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2015.
- أحمد زوكاغي، قراءة في حكم الغرف المجتمعة بالمجلس الأعلى حول نفي النسب بواسطة التحاليل الجينية ADN لطفلة مولودة داخل أقصى أمد الحمل، مجلة الملف، العدد 07، مؤسسة الملك عبد العزيز، الدار البيضاء، المغرب، 2005.
- الهادي الحسين الشبيلي، استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب- نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 18، العدد 35، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، أفريل 2003.
- الهاشمي دحيدح، نفي النسب عن طريق تحليل الدم»، مجلة القضاء والتشريع، العدد 05، تونس، 1974.
- بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.
- بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، وزارة العدل، السنة العاشرة، العدد 37، المملكة العربية السعودية، 2008.
- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005.
- عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، السنة السادسة، العدد 23، المملكة العربية السعودية، 2004.
- علال آمال، الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، العدد 16، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
- محمد جوهر، إثبات ونفي النسب بين الطب والعجب، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 50، عدد خاص باليوم الدراسي حول الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، 2004.
- مسعود صبري، تحقيق في فتوى اتهام الزوجة بالزنا عن طريق الـDNA، مجلة المجتمع الكويتية، السنة 36، العدد 1662، الكويت، 2005.
- نجومن م. قندوز سناء، اللعان وإشكالاته الفقهية والقانونية والقضائية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 04، العدد، 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2011.
- هيئة المحامين، الاجتهاد القضائي، مجلة المحاكم المغربية، الغرفة الاجتماعية، العدد 37، الدار البيضاء، المغرب، 1985.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 08 العدد: 02 السنة: جوان 2022 م-ذو الحجة 1443 هـ ص: 90 - 124

- المداخلات

- خالد برجاوي، قواعد اثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، من 05-07 ماي 2002.

- عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجلات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، المجلد 3، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، المنعقدة ما بين 05-10 جانفي 2002.

- محمد المختار السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، -رؤية إسلامية-، منظمة الطب الإسلامي، الكويت، 1998.

- محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، المجلد2، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد ما بين 05-07/ 2002/05.

– التشريعات الأجنبية والداخلية:

- أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

- القانون عدد 75 لسنة 1998، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998.

- القانون عدد 51 لسنة 2003 يتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، بتاريخ 08 جويلية 2003.

- القانون رقم: 03-70، المؤرخ في 03 فبراير 2004، المتعلق بمدونة الأسرة المغربية. الجريدة الرسمية للملكة المغربية، السنة 93، العدد 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004.

- القانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

- القانون عدد 87 لسنة 2005 مؤرخ في 15 أوت 2005، يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 68 المؤرخ في 15 أوت 2005.

– الأحكام والقرارات القضائية:

- قرار المجلس الأعلى رقم: 527 الصادر بتاريخ 1981/09/15، ملف اجتماعي رقم: 91217، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 30، المغرب، 1982.

- قرار المحكمة العليا رقم: 35934، بتاريخ 1985/02/25، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 1989.

- قرار المحكمة العليا رقم: 35087، بتاريخ 1984/12/17، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 1990.

- قرار المحكمة العليا رقم: 76343، بتاريخ 1990/07/16، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1991.

- قرار المحكمة العليا رقم: 69798، بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 03، الجزائر، 1994.

- قرار المحكمة العليا رقم: 172379، بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.

- قرار المحكمة العليا رقم: 204821، بتاريخ 1998/10/20، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.
- قرار المجلس الأعلى، عدد 150، ملف عدد 615-1-2-2003، صادر بتاريخ 09 مارس 2005.
- قرار المحكمة العليا رقم 355180، بتاريخ 2006/03/05، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 2006.
- قرار المجلس الأعلى عدد 04، ملف شرعي عدد 547/2-1-2004، صادر بتاريخ: 04 جانفي 2006.
- قرار المجلس الأعلى عدد 37، ملف شرعي عدد 2005/1/2/108، صادر بتاريخ 2006/1/18، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 66، المغرب، 2006.
- قرار المجلس الأعلى عدد 505، ملف رقم: 2006/1/2/581، الصادر بتاريخ: 2007/10/10.
- قرار المحكمة العليا رقم: 605592، بتاريخ 2009/10/15، المجلة القضائية، العدد 01،الجزائر، 2010.
- قرار المحكمة العليا رقم: 690718 بتاريخ 2012/03/15، المجلة القضائية، العدد 02، الجزائر، 2013.
- قرار المحكمة العليا رقم: 704222، بتاريخ 2012/03/15، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 2013.
- قرار المحكمة العليا رقم: 0761943، بتاريخ 2012/11/14، المجلة القضائية، العدد 02،الجزائر، 2013.
- قرار المحكمة العليا رقم: 828820، بتاريخ 2012/12/13، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 2014.
- حكم المحكمة الابتدائية رقم: 83/180 بتاريخ 1983/04/03، نشرة القضاة، العدد 04، الجزائر، 1986.
- حكم المحكمة الابتدائية بالخميسات عدد 100/480، بتاريخ 2006/07/25، مجلة قضاء الأسرة، الرباط، العدد 03، 2006.

– المواقع الالكترونية:

- سهيلة زين العابدين حماد ، البصمة الوراثية واللعان:
http://dr-suhaila-z-hammad.blogspot.com/2011/09/blog-post_4910.html:بتاريخ 2020/11/18 على الساعة: 10:07
- محمد التاويل، « الخبرة الطبية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه في المنظور الإسلامي »، جريدة المحجة، العدد256، بتاريخ 2006/05/17، ص http://almahajjafes.net/2006/05/%:02 بتاريخ: 2020/11/18 على الساعة: 16:51.
- محمد الكشبور، نفي النسب مشروط بوجود عقد زواج صحيح، جريدة الصباح، عدد 2212، السنة الثامنة، الثلاثاء، 2007/07/22، ص. https://assabah.ma.14 / بتاريخ 25 جوان 2018 على الساعة: 20:23.