إثبات النّسب بالبصمة الوراثيّة بين القانون الوضعي التّونسي والفقه الإسلامي

Establishing the Lineage by the Genetic Fingerprint between Positive Law in Tunisia and Islamic Fiqh

هدى بنت نورالدّين الطّاهري[1]، عمارة سعد شندول[2]

الملخص

يتناول البحث مسألة إثبات النسب اعتمادا على البصمة الجينية الوراثية، ومدى مشروعية ذلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي التونسي. كما يتناول أيضا حجيّة البصمة الوراثيّة في إثبات النسب. ويعرض البحث المفهوم الشّرعي للنّسب الذي ينبني عليه جملة من الحقوق والواجبات على الآباء والأبناء، وتماثل ذلك المفهوم مع مايراه القانون. ولئن اعترف القانون بالأبوّة البيولوجيّة واعتبرها سببا لإسناد اللقب للطفل، فهو لا يعتبرها نسبا. فالأبوّة البيولوجيّة وحدها تبقى علاقة منقوصة من الناحيتين: المعنوية، لغياب الشرعية معنويا، والمادية من خلال حرمان الطفل غير الشرعي من الإرث.

الكلمات الدالة: النسب، إثبات النسب، البصمة الوراثية، الفقه الإسلامي، القانون التونسي.

Abstract

The research deals with the issue of establishing lineage based on the hereditary genetic imprint, and the extent of its legitimacy in Islamic Fiqh and Tunisian positive law. It also deals with the authority of the genetic fingerprint in establishing lineage. The research presents the legal concept of lineage, on which a set of rights and duties are based on parents and children, and the concept resembles to what the law sees. Whereas, while the law recognizes biological parenthood and considers it a reason to assign the title to the child, it does not consider it a lineage, because biological parenthood alone remains an imperfect relationship in both moral terms, due to the absence of legitimacy, both morally and financially, through depriving the illegitimate child of inheritance.

Keywords: Pedigree, Proof of lineage, Genetic imprint, Islamic Fiqh, Tunisian law.

(1) المعهد العالي لإدارة الأعمال، جامعة صفاقس، تونس. (2) المعهد العالي للإعلامية والملتيميديا، جامعة صفاقس، تونس. **تاريخ استلام البحث 2021/2/20 وتاريخ قبوله2021/5/27**

DOI:10.15849/ZUJJLS.210730.09

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

المقدمة

مما يتميز به الإسلام ويتفرّد، أن الحقوق فيه لا تخص الأحياء فقط، ولا تخص الإنسان فقط، بل تشمل الأحياء والأموات، وتعم جميع ما خلق الله تعالى في هذا الكون.

ويتعالى الإسلام ويتسامى عن كل الفلسفات الّتي تحكم العالم اليوم، ليضمن للإنسان حقوقه على مستويات ثلاثة: في حياته، وقبل مجيئه إلى هذه الحياة، وبعد انتقاله إلى الحياة الآخرة.

وتفصيل ذلك أن حقوق الإنسان في الإسلام، تُضمن له قبل أن يوجد، يعني منذ بداية التفكير في اختيار الزوج لزوجته والزوجة لزوجها. فبداية من ذلك التفكير في الولد، تبدأ مع الإسلام سلسلة الحقوق. حتى إذا جاء إلى هذه الحياة، كانت له حقوق تَضمن له الاستمتاع بهذه الحياة وترتفع بإنسانيته إلى منزلة تكريم الله له، وذلك بحسب وصفه: بالبنوة إن كان ابنا أو بالأخوة إن كان أخا أو أختا أو بالأبوة إن كان أبا أو جدا أو بالأمومة إن كان أما أو جدة أو بالعمومة إن كان عما أو عمة أو بالرحم إن كان قريبا أو بالإسلام إن كان الجامع فقط رباط الدين بلا نسب، أو بالإنسانية إن كان غير ذلك أو بالكفالة إن كان وليا أو بالحاكمية إن كان راعيا أو رئيسا أو مديرا أو أميرا أو ملكا... فكل بحسبه له حقوق، تصون كرامتَه وتبعد الظلم عنه وتبعده عن الظلم.

فإذا مات المرء، والموت يستوي فيه التقيّ والفاجر والغنيّ والفقير والرئيس والمرؤوس[1]،كانللميّت حقوق يستوي فيها مع عامّة موتى المسلمين. وخصّ الله تعالى الوالدين متى ماتا أو أحدهما بحقوق تضمن برّ الأولاد بهما حتى بعد الموت. وأهم تلك الحقوق وأشهرها، النّسب،الذي هو موضوع البحث.

أهمية الدراسة

تُجمَع أهمية البحث في النقاط التالية:

- إن النسب من المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية التي لها عظيم الشأن في حياة البشر كافة.
- إن موضوع البصمة الوراثية من المستجدات العلمية التي تبيّن أثرها في كثير من القضايا التي تحتاج إلى إثبات الفعل. ومعرفة مدى حجيتها في إثبات النّسب من القضايا المهمة التي تستوجب مزيدا من الدقة والتوضيح.

مشكلة الدراسة وأسئلتها

من خلال الدخل السابق لأهمية موضوع البحث، يمكننا طرح إشكالية الموضوع كالتالي:

ما مدى إمكانيةاعتمادالبصمةالوراثيةفيإثباتالنسب؟ ومامشروعيةاعتمادهافيالقانونالوضعيوفيالفقهالإسلامي؟ ومامدى حجيتها في إثبات النسب؟

منهج البحث

اعتمدنا في هذا البحث ثلاثة مناهج رئيسية:

المنهج الوصفي: من خلال جمع المعلومات وتعريف المصطلحات ذات العلاقة.

---

[1]قال الله تعالى في الآية 185 من سورة آل عمران: "كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّما تُوَفَّوْنَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَمَنْ زُحْزِحَ عَنِ النَّارِ وَأُدْخِلَ الْجَنَّةَ فَقَدْ فَازَ وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ".

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

والمنهج التحليلي: من خلال تحليل النصوص القانونية وتبيين موقف فقه القضاء وبسط الآراء الفقهية ومعالجة المعلومات المتحصل عليها التي تخدم البحث مباشرة.

والمنهج المقارن: اقتضت طبيعة الموضوع الاعتماد أيضا على المنهج المقارن من خلال مقارنة الأحكام الفقهية المتعلقة بالموضوع مع القوانين الوضعية التونسية.

خطة البحث:

اقتضت دراسة الموضوع تقسيم البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث رئيسية وخاتمة:

المبحث الأول: مصطلحات البحث.

المبحث الثاني: مدى مشروعية استخدام البصمة الوراثيّة في إثبات النّسب

المبحث الثالث: حجيّة البصمة الوراثية في إثبات النسب

الخاتمة: تضمنت أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مصطلحات البحث

الفقرة الأولى: تعريف النسب

النسب لغة

النّسب في اللّغة، القرابة، ويُجمَع على أنساب. ويكون النّسب، في النّاس، من قبل الأب ومن قبل الأم، وقيل هو في الآباء خاصة. ونَسَبتُ الرَّجلَ ذكرتُ نَسَبَه. وانتسب إلى أبيه، اعتزى إليه. ونسبت الرجل أنسُبُه نسبةً ونسباً إذا ذكرت نسبه. ويقال للرجل إذا سئل عن نسبه: استنسب لنا، أي: انتسب لنا حتى نعرفك. والنسب والنسبة اشتراك من جهة أحد الأبوين وذلك ضربان: نسبة بالطول كالاشتراك من الآباء والأبناء، ونسبة بالعرض كالنسبة بين بني الإخوة وبني الأعمام[1].

النسب اصطلاحا

تعددت عبارات الفقهاء في تناولهم للنسب. حتى ضاق مفهومه عند بعضهم ليقتصر على القرابة الّتي هي بين الآباء والأبناء خاصة[2]، واتسع عند آخرين ليشمل مطلق القرابة كالعصبة والرحم، ليشمل كل من بينك وبينه قرابة، قربت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم[3]. ومنهم من توسط بين الأمرين فأدخلالإخوة الأشقاء أو لأب مع قرابة الولادة من الذكور في النسب، وجعل القرابة فيمن يقرب الإنسان بغيره لا بنفسه[4].

---

[1] انظر: **الفيومي**، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف – القاهرة، الطبعة الثانية، 1427هـ، الجزء1، ص602.

[2] **الجرجاني**، علي بن محمد، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة: محمد صدّيق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر العربية، 2004 م، ص 43.

[3] **البقري**، محمد بن عمر، حاشية البقري علي شرح الرحبية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، 1406هـ–1986م، ص 32.

[4] **الكاساني**، أبو بكر بن مسعود، (المتوفى: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، 1406 هـ –1986م، الجزء7، ص 350.

وعرفه بعض المعاصرين بأنه حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث إن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زوج شرعي، أو ملك صحيح، ثابتين، أو مشبهين الثابت للذي يكون الحمل من مائه[1].

وعرفه آخر، بأنّه قرابة ممثلة بإضافة حكمية بين اثنين ليس في إدلاء أحدهما إلى الآخر أنثى، والمضاف إليه ليس بأنثى عدا الأم[2].ومن خلال ما تقدم، يمكن أن نعرّف النسب في الفقه الإسلامي بأنه الرابطة الشرعية التي تربط بين الطفل وأبيه فهو علاقة البنوة المبنية على زواج شرعي.

والنسب كما جاء في معجم المصطلحات القانونية، هو صلة قرابة توحّد الولد بأبيه أو أمه وبشكل أوسع هي صلة قرابة خط مباشر[3].إلا أن المشرع التونسي، من خلال مجلّة الأحوال الشخصية، واقتداء بأحكام الفقه الإسلامي قد اختزل مفهوم النسب في ارتباط الولد بأبيه دون أمهحال وجود رابطة شرعية، لامجرد علاقة بيولوجية، إذ ليس ذلك مما يثبت نسب الولد من أبيه[4].

فلم تتعرّض مجلّة الأحوال الشخصية إلى الولد الطبيعي أو الولد غير الشرعي، أي الابن المولود لشخصين غير مرتبطين بعلاقة الزوجيّة[5]، إلاّ بصورة عرضيّة لم ترد في الكتاب المخصّص للنسب بل وردت في الفصل 152 وهو الفصل الأخير من الباب الثامن من الكتاب التاسع وعنوان ذلك الباب " في مسائل متنوعة"، حيث نصّ " يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها". ويبدو أنّ عدد الأبناء الطبيعيين الذي ما انفكّ يتزايد قد دفع بالمشرّع إلى التدخّل بمقتضى قانون خاص هو القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 والمتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب،الذي اشترط وسائل معينة لإثبات هذا النوع من البنوة غير الشرعية تختلف عن إثبات البنوة الشرعية. فقد سكت هذا القانون عن وسيلة الفراش كما سكت عند ضبطه لآثار إثبات البنوة الطبيعية عن الإرث الذي يشكّل أثرا أساسيا لثبوت النسب. وحرمان الابن الطبيعي من الميراث، انتقده العديد منفقهاء القانون الذين نادوا بضرورة إقرار حق الطفل الطبيعي في الميراث ومساواته مع الابن الشرعي[6].وفي هذا السياق، جاء في ردّ وزير العدل على تساؤلات أحد النوّاب في خصوص حرمان الطفل الطبيعي من الميراث أنّه: " في الحقيقة لا أقول يحرم من الإرث وأعيد السؤال لماذا لا يتمتّع كذلك بالإرث؟ فهو كان محروما من كل شيء، محروما حتى من إمكانيّة النمو بصفة طبيعيّة بكافّة ملكاته العقلية والعضوية...فقلنا علينا أن نتوخّى دائما المرحليّة...كان لنا طفل غير معترف به، يعني مقضي عليه من طرف المجتمع فأصبح له الحقّ في اسم

---

(1)**الخطيب**، ياسين، ثبوت النسب، دار البيان العربي، جدة، 1987م، ص 10.

(2)**اللودعمي**، تمّام محمد، الجينات البشرية وتطبيقاتها: دراسة فقهية مقارنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرندن–فرجينيا–الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، 1432هـ–2011م، جدة، 1987م، ص 98.

(3)**بن حليمة**، ساسي، "دعوى نفي النسب، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز المشر الجامعي، تونس 2012، ص 403

(4)**بن حليمة**، ساسي، "دعوى نفي النسب، مرجع سابق الذكر، ص 403–404؛يراجع حول مكانة التشريع الإسلامي في مجلّة الأحوال الشخصيّة التونسيّة:**الطاهري**، هدى و**بنخليفة**، نعيمة، "القانون الوضعي والتّشريع الإسلامي"، رؤية موضوعيّة للقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى روح الأستاذ محمد بقبق، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2021، ص. 201 وما بعدها.

بوقرة، محمد المنصف،"إثبات نسب ابن الخطيبين في فقه القضاء التونسي"، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1979، مرقونة، ص 9؛**بوقرة**، محمد المنصف، "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959 – 2009، مركز النشر الجامعي تونس 2010، ص 1269، **الجندلي** حامد، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص 203.

(5)**بن حليمة**، ساسي، "وضعيّة الطفولة الطبيعية أو غير الشرعيّة في تونس"، دراسات في الأحوال الشخصيّة، مرجع سابق الذكر، ص 427.

(6)من بينهم: **بنحليمة**، ساسي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصيّة، مركز النشر الجامعي 2011،تونس، ص. 240 و241.

ولقب، وتبعا لذلك فإنّ الأب سينفق عليه إذن أين كنّا وأين أصبحنا". وأضاف "لم أقل أنّه ليس له الحق بل قلت إنّ الموضوع مرحلي يعني نسير بالمرحلة ونفكّر مع الاحتياط..."[1]. فهل اقترب اليوم الذي سيساوي فيه المشرّع التونسي بين الابن الشرعي والابن الطبيعي؟

ممّا سبق، نتبّن أنّ المشرّع التّونسي يميّز بين النسب والبنوّة الطبيعية، ومعيار التمييز بينهما هو الشرعيّة. ولقد كرّس هذا التمييز صلب الكتاب السادس من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بالنسب. فلم يعترف في هذه المجلّة سوى بالنسب الشرعيالذي يستند إلى زواج شرعي تكريسا في ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تحجر علاقة السفاح عملا بقوله عز وجلّ " **وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ**"[2].فلا تلحق الطفل الناتج عنها بنسب الزاني "خشية أن يشيع الفسق وينتشر الفساد وتختلط الأنساب"[3]. فلا يذهب نسب الأب للآتي من الولد إلا ما طهر منه، وهو الّذي يعقد في الأصل نكاحا. فإذا كان فيه لوثة من سفاح ذهب حق الأب فيه، وذهب حقه فيما كان سيترتب عليه من ميراث وبر، وبقي للأم حقها إلا أن تُجهَل، كحال اللقيط. وهو المعنى من قوله عليه الصّلاة والسلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر[4]. ذلك أن النسب شرف، ولا يُمنَح الشرف للرجل الزاني، وكرامةٌ، ولا تُنالُ الكراماتُ بالمَعاصي. وإن الزنا مما حاربه الإسلام، فلا يستوي أن يقرَّه بقبول ما يترتب عنه، ولا يُعقَل.

وقد أكّدت محكمة التعقيب التونسية في عدّة قراراتلها، تشبّثها بالمفهوم الشّرعي لمصطلح " النّسب"، وأنّ النسب لا يثبت من اتصال جنسي غير شرعي واقع على وجه الزنا لما قد يترتب عن ذلك من اختلاط في الأنساب واستهانة بعقد الزواج الشرعي الذي تتكون منه الأنساب والأسر المترابطة[5].

---

[1] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، مداولات مجلس النواب، 20 أكتوبر 1998، ص.88 و89.

[2] جزء من الآية 24 من سورة النساء

[3] **بالشيخ**، عبد الرؤوف، الوضعية القانونية للبنوة غير الشرعية في القانون التونسي، مذكرة نيل شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بتونس، نوفمبر 1979، ص5.

[4] **البخاري**، محمد بن إسماعيل، (المتوفى: 256 هـ)، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير–دمشق بيروت، سنة النشر: 1423هـ – 2002م، كتاب المغازي، حديث رقم 4076.

بوقرة، محمد المنصف،"إثبات نسب ابن الخطيبين في فقه القضاء التونسي"، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1979، مرقونة، ص 9؛**بوقرة**، محمد المنصف، "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959 – 2009، مركز النشر الجامعي تونس 2010، ص 1269، **الجندلي** حامد، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011، ص 203.

[5] من ذلك القرار التعقيبي المدني عدد 760 مؤرخ في 26– 04– 1977، نشرية محكمة التعقيب التونسية 1977، ص 243، قرار تعقيبي مدني عدد 26431 بتاريخ 2–06– 1992، نشرية محكمة التعقيب التونسية 1992، ص183، القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 36913 مؤرخ في 31 ماي 2012، قرار تعقيبي مدني عدد 51346 مؤرخ في 26 نوفمبر 1996، نشرية محكمة التعقيب التونسية1996، ص228. قرار تعقيبي مدني عدد 49089 مؤرخ في 7 ماي 1996، نشرية محكمة التعقيب التونسية لسنة 1996، ص 231، **القرمازي**،محمد، " أحكام النّسب بين مجلة الأحوال الشخصية والتشريع الإسلامي"، دراسات قانونية 2014، مجلّة تصدرها كليّة الحقوق بصفاقس، تونس، عدد 21، ص 47.

الفقرة الثانية: الإثبات

الإثبات لغة

الإثبات في اللّغة: إقامة الحجّة، والثبت[1]، الدّليل، وهو معرفة الشيء حق المعرفة[2]، وثبَت الأمرُ، صح وتحقق، وثبَّت الأمرَ، صححه وحققه، وأثبت الكتابَ، سجله. وأثبت الحق: أقام حجته[3].

الإثبات اصطلاحا

استعمل الفقهاء الإثبات بمعناه اللغوي وهو إقامة الحجة [4]. ويُراد بالإثبات، عندهم، معنيان: عام وخاص. فالعام، هو إقامة الحجّة على حق أو على واقعة مطلقا. والخاص، هو إقامة الحجّة أمام القضاء، عند التنازع، بالطرق الّتي حددتها الشّريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية[5].

والمقصود بالإثبات قانونيا، هو الإثبات القضائي أي إقامة الدليل أمام القضاءبالطرق المحدّدة في القانون على وجودواقعة قانونية متنازع عليها بين الخصوم بحيث تترتب على ثبوتها آثار قانونية[6].

أهميّة الإثبات:

تعدّ مسألة إثبات النسب من المسائل التّي اهتم بها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي التونسي. لأنه متى ثبت النسب، قامت عليه حقوق وترتب عليه واجبات. فالنسب حكم شرعي، لا تتم كثير من العبادات إلا به، كصلة الرحم والإرث، والنّكاح، والنفقة، والولاية. وفي الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم قال: تعلَّموا من أنسابِكم ما تصِلون به أرحامَكم فإن صلةَ الرحمِ محبةٌ في الأهلِ مثراةٌ في المالِ منسأةٌ في الأثرِ[7]. وقد أغلظ النبي صلّى الله عليه وسلم أمر الادعاء في النسب أو جحوده. كما في حديث أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم قال: ليسَ مِن رَجُلٍ ادَّعَى لِغَيْرِ أبِيهِ، وهو يَعْلَمُهُ، إلَّا كَفَرَ، ومَنِ ادَّعَى قَوْمًا ليسَ له فيهم، فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ[8]. وفي حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه، قال: قال النَّبيُّ صلّى الله عليه وسلم: كُفرٌ بامْرِئٍ ادِّعاءُ نسَبٍ لا يَعرِفُه أو جحَدَه وإن دَقَّ[9].

وحيث جاء الترهيب من النبي صلّى الله عليه وسلم، كان الأمر في النسب بمقدار ما قرره الشّرع إثباتا ونفيا. فليس لأهواء النّاس في تقرير النسب شيء، إنّما هو ما حكم به الله تعالى ورسوله، وصدق الله ورسوله.

---

(1) **ابنمنظور**، محمد بن مكرم، لسانالعرب، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1999م، مادة (ثبت)، الجزء3، ص 6.

(2) **ابنمنظور**، نفس المرجع السابق الذكر.

(3) **مصطفى**، إبراهيم**وحسن**،أحمد وآخرون، المعجمالوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، الجزء الأول، ص93.

(4) **الزحيلي**، محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى، 1402هـ-1982م، ص 22.

(5) **الزحيلي**، محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق الذكر، ص 23.

(6) **شرف الدين**، أحمد،أصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة، مصر، 2004، ص 9؛**شرف الدين**، محمد كمال، قانون مدني (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، طبعة ثانية، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2017، ص.349، يراجع حول الصبغة القضائية للإثبات بالخصوص: **المزغني**، رضا، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامّة، الرياض 1985.

(7) **الترمذي**، أبوعيسالتِّرْمذِي (متوفى 279 هـ)، جامعالترمذي،أبوابالبروالصلة،بابماجاءفيتعليمالنسب،حديثرقم 1985.

(8) **البخاري**، محمد بن إسماعيل، (المتوفى: 256 هـ)، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير-دمشق بيروت، سنة النشر: 1423هـ - 2002م، كتاب المناقب، حديث رقم 3347.

(9) **ابنماجة**، محمد بن يزيد، ابن ماجة، محمد بن يزيد (المتوفى: 273 هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، كتاب الْفَرَائِضِ، بَابُ مَنْ أَنْكَرَ وَلَدَهُ، حديث رقم 2757.

ومنشأ النسب، الماء، كما هو قوله عز وجل: ﴿وهو الّذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديرا﴾[1]. قال علي رضي الله عنه: النسب ما لا يحل نكاحه، والصهر ما يحل[2].ومنه تبيّن أن الماء كما هو منشأ النسب هو أيضا سبب التحريم، وأن التحريم يكون بالماء الّذي هو منشأ النسب لا بالنسب ذاته الّذي يترتب على ماء النّكاح دون السفاح ، قال عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾[3]. فتأكد من الآية أن الماء هو سبب التحريم.

والنسب سبب رباط الأبناء بالآباء: قال عز وجل: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ﴾[4]...

كذلك، إذا ثبت النسب قانونيا فإن ذلك يعني أن الطفل يتمتع بحقوقه كافة، المتمثلة أساسا في حمل اللقب العائلي والمطالبة بالنفقة والحضانة والولاية والتوارث[5]. كما يحمله ببعض الالتزامات من ذلك موانع الزواج المنصوص عليها بالفصول 14 و15و16 و17 من مجلة الأحوال الشخصية.

وسائل إثبات النسب:

ولقد تعرض الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية لوسائل إثبات النّسب حين نصّ على أنه " *يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر*"، وهو فصل يستروح أحكامه دون شك من مبادئ الفقه الإسلامي. ذلك أنّ وسائل الإثبات المذكورة في هذا الفصل، هي نفسها وسائل إثبات النسب المتفق عليها التي قرّرها الفقه الإسلامي: الفراش، والإقرار، والشهادة، وهي وسائل تقليدية لإثبات النسب[6].

إلاّ أنه مع التّطوّر التكنولوجي الذي عرفته البشرية في هذا العصر،الذي أظهر للوجود وسائل علميّة دقيقة وقع الاستفادة منها في عدة ميادين، منها الميدان القانونيومثاله إثبات النسب وبالتحديد ما اصطلح عليه بالبصمة الوراثية.

---

(1) سورة الفرقان: الآية 54.

(2) **الواحدي**، عليبنأحمدبنمحمد (المتوفى 468هـ)، التفسيرالبسيط، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الحصين، دققه ونقحه وضبطه: عبد العزيز بن سطام آل سعود وتركي بن سهو العتيبي، العبيكان، الطبعة الثانية، 1439هـ-2018م، الجزء 16، ص 500.

(3) سورة النساء: الآية 23.

(4) سورة الأحزاب: الآية 5.

(5) **بن حليمة**، ساسي، "وضعيّة الطفولة الطبيعية أو غير الشرعيّة في تونس"، دراسات في الأحوال الشخصيّة، مرجع سابق الذكر، ص 444،محمد المنصف بوقرة، "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، مقال سابق الذكر، ص 1269

(6) **شندول** سعد، عمارة، المستجدّات العلميّة وأثرها في تغيير الأحكام الاجتهادية، بحث مقدّم لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلاميّة تخصّص: الفقه والسياسة الشرعيّة، المعهد العالي للحضارة الإسلاميّة تونس، السنة الجامعيّة 1440-1441هـ/ 2019-2020، ص.408.

الفقرة الثالثة: تعريف البصمة الوراثية:

البصمة في اللّغة، العلامة[1]،نقول: بصم القماش، أي جعل عليه علامة مصنعه. وهي الأثر، نقول: ترك بصمته في الشيء أو عليه، يعني ترك أثرا وذكرا حسنا أو سيئا. والبصمة طبع بطرف الإصبع للدلالة على صاحبه كما يُفعَل في العقود عوضا عن الختم، تقول: بصم بصما، أي ختم بطرف إصبعه[2].

وهي مشتقة من فعل بَصَم، أي رسم علامة على الشيء تدل على صاحبه.

وقيل مشتقة من البُصم، بضم الباء. والبُصم، الغليظ والكثيف. نقول: رجل ذو بُصم: يعني غليظ. وثوب له بُصم إذا كان كثيفا كثير الغزل. والبُصم، قدر المسافة بين كل إِصبعين، وقيل فوت ما بين الخنصر إلى البنصر[3].

وقد عرف مجمع الفقه برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر المنعقدة في مكة المكرّمة في 31 أكتوبر 1998البصمة الوراثية بأنّها " البنية الجينية التي تدلّ على هويّة كلّ إنسان بعينه"[4].

كما عرفهابعض فقهاء القانون بأنها معلومات خالصة تخص شخصاً ما التي تميزه عن غيره فهي وسيلة بيولوجية لتحديد شخصية الفرد وهويته[5]، وعرفها بعضهم الآخربأنّها "البنية الوراثية التي يتفرّد بها كل شخص عن غيره التي تمكّننا من التحقّق من الشخصية والوالديّة البيولوجيّة ".[6]

إن حداثة تقنية التحليل بالبصمة الوراثية، كانت دافعا وراء الاختلاف في الرؤى الفقهية سواء على صعيد الفقه الإسلامي أو القانوني حول مشروعية العمل بها في إثبات النسب خاصّة وأنّ القانون التونسي لم ينص صراحة على هذه التقنية كوسيلة من وسائل إثبات النسب. كذلك عدم الإشارة إليها في مؤلفات الفقهاء المسلمين الأوائل اعتبارا لحداثتها.

المبحث االثاني

مدى مشروعية إثبات النسب بالبصمة الوراثية

تبنى المشرع التونسي صلب الكتاب السادس من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بالنسب أحكام الشريعة الإسلاميةفي إثبات النسب. فقد نصّ الفصل **68** من مجلة الأحوال الشخصية *"يُثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة"*. ومرجع هذا الفصل الحديث النبوي الشريف *"الولد للفراش وللعاهر الحجر"*. فلم تقر الشريعة الإسلامية كما المشرع التونسي اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب. ولكن يطرح السؤال عن إمكانية اعتمادهاسواء على صعيد الفقه الإسلامي (المطلب الأوّل) أو على صعيد القانون الوضعي التونسي (المطلب الثاني).

---

(1) **معلوف**، لويس، المنجد في اللغة والأعلام، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، الطبعة الثامنة والثلاثون، 2000م، ص 40، مادة بصم.

(2) **مصطفى**، إبراهيموحسن، أحمد وآخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق الذكر، ص 60.

(3) **الفيروز أبادي**، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط،تحقيق: مكتب تحقيق التراث فيمؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426 هـ-2005 م، ص.1425.

(4)وثيقة منشورة على موقع www.gulfkids.com، ص8.

(5)عامر **القيسي**، " في الماهية القانونية للجين البشري"، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، عدد 43-2006، ص 84.

(6) **حمادو**، نذير، " البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب الولد الغير شرعي، دراسة فقهيةفي إطار ملتقى علمي حول "البصمة الوراثية DNA في الاثبات"، سطيف 10 أفريل 2008، ص4.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

المطلب الأوّل

مدى مشروعية استخدام البصمة الوراثيّة في إثبات النّسب في الفقه الإسلامي

أدلّة النسب قسمان:

الأوّل: ما اتّفقوا عليه، وهي الفراش والبينة والإقرار أو الاستلحاق.

والثّاني: ما اختلفوا فيه، وتشمل القيافة والقرعة.

والقيافة من قاف الأثر، أي تتبعه وعرفه، والقائف الّذي يتتبع الآثار فيعرفها ويعرف شبه الرجل بقريبه، ويعرف بفراسته نسب المولود بالنظر إلى أعضائه[1].

والقيافة النظر في الشبه الظاهري من تفاصيل الشكل والصوت والحركة وطريقة الكلام واللحن والأثر وتمييزها، وتجمع في المصطلح الحديث كل البصمات الظاهرة، في الشكل والصوت والحركة والأثر، كبصمة الوجه والعينين والأذنين والمعصمين والقدمين واليدين وبصمة الصوت وبصمة الحركة في طريقة القيام والقعود والمشية وفي الأثر. واختلف الفقهاء، في اعتبار القيافة دليلا في إثبات النسب.والجمهور على اعتبارها دليلا في إثبات النسب عند الاشتباه والتنازع[2]. وقال "الحنفية" بمنع الأخذ بها[3].

واستدل الجمهور بحديث عائشة رضي الله عنها، قالت: إنَّ رَسولَ اللَّهِ صلّى الله عليه وسلم دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا، تَبْرُقُ أسارِيرُ وجْهِهِ، فقالَ: ألَمْ تَرَيْ أنَّ مُجَزِّزًا نَظَرَ آنِفًا إلى زَيْدِ بنِ حارِثَةَ وأُسامَةَ بنِ زَيْدٍ، فقالَ: إنَّ هذِه الأقْدامَ بَعْضُها مِن بَعْضٍ. واستدلّوا بأن عمر رضي الله عنه قضى بقول القافة بمحضر من الصحابة من غير إنكار واحد منهم، فكان كالإجماع.

واختلفوا في العدد الّذي به يصح الأخذ بالقيافة، وهل يكفي الواحد. فقال جماعة أنه لا يؤخذ في القيافة بأقل من قول اثنين، لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة. وقال آخرون بل يُكتَفى بالواحد، لما تبيّن من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم أخذ بقيافة مجززا. قلت: ومنه فعل عمر رضي الله عنه الّذي شهده جمع الصحابة[4]. وقال "الحنفية"، بأنّ القيافة شبهة وظن، ولا اعتبار لحكم الشبهة. والعمل بالقيافة تعويل على مجرد الشبه، وقد يقع بين الأجانب، وينتفي بين الأقارب، مع ما يترتب عليها من قذف المحصنات[5].

وفي الحديث، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ،قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي فَزَارَةَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَمَا أَلْوَانُهَا؟قَالَ: حُمْرٌ، قَالَ: َ لْ فِيهَا

---

(1) **الجرجاني**، علي بن محمد، معجم التعريفات، مرجع سابق الذكر، ص 148.

(2) **ابنرشد** الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مكتبة العلم، جدّة، الطبعة الأولى، 1415 هـ، ص 142، **الشربيني**، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421 هـ- 2000م، ص. 439.

(3) **السرخسي**، محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء 17، دار المعرفة، بيروت 1409 هـ -1989 م،ص 68.

(4) **ابنرشد الحفيد**، محمد بن أحمد، البيان والتحصيلوالشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، الجزء 10، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1408 هـ-1988م، ص 126. **الماوردي**، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 21، تحقيق **معوض**، علي، **وعبدالموجود**، عادل، دار الكتب العلميّة، 1414هـ - 1994 م، ص. 425.

(5) **السرخسي**، محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء 17، مرجع سابق، ص 81.

مِنْ أَوْرَقَ؟قَالَ: إِنَّ فِيهَا لَوُرْقًا، قَالَ: فَأَنَّى أَتَاهَا ذَلِكَ؟قَالَ: عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعَهُ عِرْقٌ، قَالَ: وَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعَهُ عِرْقٌ[1].

وجه الدلالة: لو كان الشّبه كافيا لاكتفى به في ولد الملاعنة، ولجرى الحكم به ولم يشرع اللعان.

يمكن الردّ على هذا القول بأنّاستدلال الجمهور بقصة أسامة رضي الله عنه، فينفع في دفع النفي والشبهة بإقرار النسب وتأكيده لا في إثباته. فإن زيدا يعرف ابنه ويقر بنسبه إليه، وشهادة من حول زيد، ورسول الله صلّى الله عليه وسلم منهم، تكفي بالقضاء ببنوته لأسامة. وإنّما كان قول مجزز لإسكات اليهود الّذين آذوا النبي صلى الله عليه وسلم في التعريض بحِب حبّه أسامة، حيث كان أسامة بن زيد أسود كالفحم، وكان زيد بن حارثة أبيض كالقطن، فطعن المنافقون في نسبه إلى أبيه، لا في شك في ذلك النسب.

فلو كان النبي صلّى الله عليه وسلم نفسه شك في نسبة أسامة لأبيه، وأن سروره بقول مجزز كان لثبوت النسب عنده بما جرى من قيافة وإقرار بذلك، لكان القول بالقيافة، بحسب ما قال الجمهور، مقدم على القول بالفراش والإقرار والشهادة، لاجتماعها في هذه الواقعة، وهذا ما لا يقول به عاقل. فلا أحد ينكر وجود الفراش الّذي يثبت النسب. ولا أحد ينكر إقرار زيد بنسب أسامة إليه. ولا أحد ينكر شهادة النبي وآل بيته وصحابته على نسبة زيد لأسامة. فمن أين يستقيم القول أن القيافة دليل إثبات؟

فأما قولهم بأن عمر رضي الله عنه، قد قضى بالقيافة، فليس على الإطلاق الّذي يفهمه النّاس بقولنا قضى بها عمر رضي الله عنه. قال ابن رشد رحمه الله: وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم، أي يلحقهم بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا قائفًا فنظر إليه، فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بالدرة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني بخبرك، فقالت: كان هذا لأحد الرجلين، يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن، ونظن أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دمًا، ثم خلف هذا عليها، تعني: الآخر، فلا أدري أيهما هو، فكبر القائف، فقال عمر للغلام: وَالِ أيهما شئت، قالوا: فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار واحد منهم هو كالإجماع[2].

والواضح من قضاء عمر رضي الله عنه أن القول في القيافة للاستبيان والتمييز لا للإثبات. فإنه إن كان للإثبات لكان جمع الرجال والغلمان ممن جهل نسبهم فأمر القائف بأن يليط كل غلام لمن يظهر أنه أباه. ولكن عمر رضي الله عنه ألحق كل غلام بمن يستليطه ما لم ينازعه فيه أحد. وحيث وقع النزاع في ولد هذه المرأة، أمر القائف للتمييز وحسم نزاعهم. وهذا حكمه بعيد عما يراد به الإثبات.

وحيث فشل القائف في التمييز، سأل المرأة وأخذ بما شهدت، وهذا دليل على أخذ عمر بشهادة النساء في مثل هذا لمعرفتهن بما قد يغيب على الرجال كما أسلفنا.

ولا يُلجَأ للقيافة إلا في تنازع أو شك، فعن سعيد بن المسيب أَنَّ رجُلَيْنِ اشْتَرَكَا فِي ظَهْرِ امْرَأَةٍ، فَوَلَدَتْ لَهُمَا وَلَدًا، فَارْتَفَعَا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَدَعَا لَهُمَا ثَلَاثَةً مِنَ الْقَافَةِ، فَدَعَا بِتُرَابٍ فَوَطِئَ فِيهِ الرَّجُلَانِ وَالْغُلَامُ.

---

[1] مسلم، مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، كِتَابُ اللِّعَانِ، بَابُ وُجُوبِ الْإِحْدَادِ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَتَحْرِيمِهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ، حديث رقم 2848.

[2] **ابن رشد الحفيد**، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق الذكر، ص 530.

ثُمَّ قَالَ لِأَحَدِهِمْ: انْظُرْ، فَنَظَرَ، فَاسْتَقْبَلَ وَاسْتَعْرَضَ، وَاسْتَدْبَرَ، ثُمَّ قَالَ: أُسِرُّ أَوْ أُعْلِنُ؟ فَقَالَ عُمَرُ: بَلْ أَسِرَّ. فَقَالَ: لَقَدْ أَخَذَ الشَّبَهَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَمَا أَدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟ فَأَجْلَسَهُ. ثُمَّ قَالَ لِلْآخَرِ أَيْضًا: انْظُرْ، فَنَظَرَ، وَاسْتَقْبَلَ، وَاسْتَعْرَضَ، وَاسْتَدْبَرَ، ثُمَّ قَالَ: أُسِرُّ أَوْ أُعْلِنُ؟قَالَ: بَلْ أَسِرَّ. قَالَ لَقَدْ أَخَذَ الشَّبَهَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَلَا أَدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟ وَأَجْلَسَهُ. ثُمَّ أَمَرَ الثَّالِثَ فَنَظَرَ، فَاسْتَقْبَلَ، وَاسْتَعْرَضَ وَاسْتَدْبَرَ، ثُمَّ قَالَ: أُسِرُّ أَمْ أُعْلِنُ؟قَالَ: لَقَدْ أَخَذَ الشَّبَهَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَمَا أَدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟ فَقَالَ عُمَرُ: إِنَّا نَعْرِفُ الْآثَارَ بِقَوْلِهَا ثَلَاثًا، وَكَانَ عُمَرُ قَالَهَا، فَجَعَلَهُ لَهُمَا، يَرِثَانِهِ وَيَرِثُهُمَا. فَقَالَ لِي سَعِيدٌ: أَتَدْرِي عَنْ عَصَبَتِهِ؟قُلْتُ: لَا، قَالَ: الْبَاقِي مِنْهُمَا[1].

يحصل مما تقدم أن القيافة لا تطلب كدليل إثبات حال انعدام الدّليل على النسب وإنّما تطلب لتأكيده حال وجود نزاع أو ظهور احتمال. والله تعالى أعلم.

ولا يعدم أحد، أن يقيس البصمة الوراثية على القيافة. إذ القيافة نظر في وصف ظاهر الشخص، والبصمة الوراثية نظر في باطنه. والبصمة آكد دليلا من القيافة وأقوى وأقرب إلى الصواب. لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناء على القيافة لاستنادها على علامات ظاهرة مبنية على الفراسة فإن الأخذ بالبصمة الوراثية أولى منها لاعتمادها على أدلة محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية. فاعتماد مثل هذه الوسيلة العلمية في إثبات النسب تجنب اختلاط الأنساب ولا تتعارض مع تعاليم الدين الإسلامي الحنيف. ولكن يجب استعمالها بشروط وضوابط الحذر من التكنولوجيا المتطورة.

وحيث علمنا أنه لا يُلجأ إلى طلب القيافة في النسب إلا في حال نزاع، فكذلك الشأن في البصمة الوراثية.

ولا ينظر في البصمة الوراثية لأجل النسب، حال النزاع، إلا إذا تحقق النّكاح أو شبهة النّكاح، فإن البصمة تدل على صاحب الماء، والنسب في الشّرع لا يثبت بالسفاح. ذلك أن الشّارع قصر النسب على سببين هما: النّكاح وملك اليمين، فلا تجوز الزيادة عليهما ولا مدخل للقياس فيهما.

وينظر في البصمة الوراثية حال الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وفي أطفال الأنابيب، وفي حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، وعند وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها. كما يصح الاستئناس بها بقصد التحقق من هويّات أسرى الحروب والمفقودين[2].

المطلب الثاني

مدى مشروعية استخدام البصمة الوراثيّة في إثبات النّسب في القانون الوضعيّ التونسيّ

لئن أقر المشرّع التّونسي اعتماد التحليل الجيني صراحة فيما يتعلق بإثبات البنوّة على معنى القانون عدد 75 لسنة 1998 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب[3].حين نصّ الفصل 3مكرر منه "*ويمكن للأب أو للأم أو النيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية*

---

[1] **الطحاوي**، محمد بن أحمد، شرح معاني الآثار،كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ، بَابُ الْوَلَدِ يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ كَيْفَ الْحُكْمُ فِيهِ ؟، حديث رقم 4078، حقّقه وعلّق عليه محمد زهري النجّار، دار الكتب العلميّة، 1416 هـ.

[2] نفس المرجع السابق.

[3] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998، ص 2176.

المختصة لطلب إسناد لقب الأب إلى مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني "، فإنه لم يتعرض لهذه التقنية في إثبات النسب. حيث نصّ الفصل 68 من مجلّة الأحوال الشخصيّة:" *"يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة"*. والسؤال الذي يطرح نفسه تبعا لمقتضيات هذا الفصل هل يمكن التوسّع في تأويله وإضافة وسائل أخرى لإثبات النسب كالتحليل الجيني؟

اختلفت الأجوبة عن هذا السؤال،فقد قضت المحكمة الابتدائية بسوسة في حكمها عدد 40376 بتاريخ 29 فيفري 2000 برفض دعوى ثبوت نسب وذلك اعتبارا إلى أن الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية قد أورد ثلاث وسائل لإثبات النسب وحصر قانون 1998 إمكانية اللجوء إلى التحليل الجيني في إسناد اللقب العائلي دون إثبات النسب، ونفس الموقف اتخذته محكمة الاستئناف بالمنستير في قرارها عدد 13494 بتاريخ 9 نوفمبر 2000 بشأن حصر مناط تطبيق قانون 1998 في إطار إثبات الأبوة دون إثبات النسب.

وهذا الاتجاه كرسته محكمة التعقيب في قرارها عدد 6719 الصادر في 11 ماي 2001 حين جزمت عند شرحها لأحكام الفصل الأول من قانون 98 بأن الأمرلا يتعلق بإثبات نسب.

وفي القرار التعقيبي عدد 3040 الصادر في 16 نوفمبر 2000 اعتبرت المحكمة أن التحليل الجيني وسيلة من وسائل إثبات الأبوة على الأطفال المهملين أو مجهولي النسب لغاية إسناد لقب عائلي لهم تطبيقا لأحكام القانون عدد 75 لسنة 1998 ولا فائدة ترجى منه في خصوص النسب الذي لا يثبت إلا بالوسائل المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية.

ومع ذلك فقد لمّحت محكمة التعقيب في قرارها عدد 5931 مؤرخ في 21 أكتوبر 1968 إلى إمكانية قبول وسيلة إثبات أخرى غير منصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية (وسيلة التحليل الدموي) عندما نقضت قرارا استئنافيا بعلّة ضعف التعليل لأنه لم يجب عن سند من سندات دعوى إثبات النسب مأخوذة من كون فصيلة دم الطفل من نفس فصيلة دم المدعى عليه كأب.

وذهب اتجاه آخر إلى أن التحليل الجيني لا يقوم بمفرده وسيلة إثبات للنسب غير أنه يمكن أن يدمج مع إقرار أو بينة. ففي حكم أصدرته المحكمة الابتدائية بالقيروان تحت عدد 32442 بتاريخ 05 جوان 2001 قضي بثبوت نسب من ولد في بحر عام من الطلاق و كان حسب البينة جنينا زمن نشر دعوى الطلاق و ثبت بالتحليل الجيني ببنوته لأبيه و هو حكم أقرته محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 12 ديسمبر 2001 تحت عدد 4420 التي لم تنقضه محكمة التعقيب التي أوردت في حيثيات قرارها عدد 19484 المؤرخ في 7 فيفري 2003 " انتهت المحكمة إلى أن النسب ثابت بتوفر شروط الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية و تعني الفراش و البينة و قد استأنست بنتيجة التحليل الجيني الذي أثبت نسبة الطالب لوالده المطلوب".

وهناك الآن اتجاه جسّمته المحكمة الابتدائية بمنوبة بحكم أصدرته في 2 ديسمبر 2003 اعتبرت فيه أن " الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية هو نص منفتح على مختلف وسائل الإثبات التي تستحدث بعد صدوره بشرط أن تكون مبعث ثقة وجديّة كما هو الحال بالنسبة للتحليل الجيني...مما يجعله حريا بالاعتماد إلى جانب باقي وسائل الإثبات الواردة بالفصل المذكور"[1].

[1] مجموعة قرارات ذكرت في مقال **والي**،درّة والحشيشة،أحمد، "إثبات البنوة"، مقالات في قانون العائلة، جمعية الحقوقيين بصفاقس، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2016، ص 101 و102.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن أغلب التّشاريع العربية قد اعتمدت على هذه الوسيلة لإثبات النسب.من ذلك قانون الأسرة الجزائري الذي أجاز للقاضي أن يلجأ في إثبات النسبإلى الطرق العلميّة، حيث جاء في نص المادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري المنقح بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ما يلي: "يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النسب" ومن بين الطرق العلميّة يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية.

كما أقر المشرّع المغربي إمكانية الاعتداد بالخبرة القضائية في إثبات النسب، فنصّ في المادة 158 من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 على أنّه: «يثبت النّسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببيّنة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائيّة."والمقصود بهذه الخبرة بالأساس، خبرة الطبيب، الذي يعتمد على أحدث التطوراتالعلميّة، في هذا المجال، والمرتكزة على البصمات الوراثية، المعروفة في علم الجينات[1] .

كما أجاز قانون الأحوال الشّخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019 اللجـوء إلى الطـرق العلمية القطعية لإثبـات النسـب بشرط توافر فراش الزوجية، حيث جاء في المــادة (157/ج) ما يلي: "للمحكمة أن تثبت نسب المولود لأبيه بالوسائل العلمية القطعية مع مراعاة أحكام ثبوت النسب بفراش الزوجية".

المبحث الثالث

حجيّة البصمة الوراثيّة في إثبات النّسب

يتناول هذا المبحث من جهة أولى، القيمة الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية (المطلب الأول)، ومن جهة ثانية،الإشكاليات المتعلقة بدعوى إثبات النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

القيمة الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية

انقسم الفقهاء في تحديد قيمة إثبات النسب بالبصمة الوراثية إلى فريقين:

يرى الفريق الأول أنّ البصمة الوراثية قرينة قطعية(2). فهي ذات دلالة علمية قطعية يقينيّة؛ لإثبات هُوية الإنسان، وتُعَدُّ سبباً شرعياً؛ لحسم نزاع النسب"(3). "فقد أثبتت التجارب العلمية المتكررة أن البصمة الوراثية إذا توفّرت شروطُها وأكثرُ عيّناتها مع ملاحظة الدقة والضبط والتكرار دليل قطعي وأكثر نتائجها 100 %"(4). أمّا الفريق

---

(1) وزارة العدل المغربية، دليل علمي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، ص 98_99.

(2) **واصل**، فريد –مفتي جمهورية مصر العربية – سابقاً–،"البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، السنة 15، 1425 هـ/ 2003 م، ص 65، **هلالي**، سعد الدين،"البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"،أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422 هـ/ 2002 م، المجلد 3، ص 65، **القرهداغي**، علي محيي الدين،"البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 1424 هـ/ 2003 م، ص 55.

(3) **واصل**، فريد –مفتي جمهورية مصر العربية – سابقاً–،"البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، مرجع سابق، ص 65.

(4) **القرهداغي**، علي محيي الدين،"البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي"،مرجع سابق، ص 55.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

الثاني،فيرى أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية. فمهما بلغت النظريات العلمية الحديثة من طبية وغيرها، من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين، "إلا أنها تظل محل شك ونظر؛ لِمَا عُلِمَ بالاستقراء للواقع أن بعض النظريات العلمية المختلفة في طِبٍّ وغيره يظهر مع التقدم العلمي الحاصل بمرور الزمن إبطالُ بعض ما كان يُقطعُ بصحته علمياً"(1).

وقد برّر مؤيدو هذا الرأي بأن الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف أهدرت من قيمتها؛ ذلك بأنّها تفتقر إلى التأثير في نفسية القاضي؛ لأن إجراء التحليل يتمّ في غيابه، وعدم وقوف القاضي على نوعية القائمين على المختبر، بالإضافة إلى أن الظروف المحيطة والإجراءات المعقدة عند التحليل أهدرت من قيمتها(2).

وقد ذهب المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي إلى أنّ:"البصمة الوراثية إذا استوفت الشروط الكاملة، واجتنبت الأخطاء البشرية؛ فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين، أو نَفْيِهَا عنهما، وتصل نتائجُها إلى 99.9%"(3).وفي هذا الإطار أوصى مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر(4):

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

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

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

وخلاصة القول، الرأي الأرجح، الأصل في البصمة الوراثية اليقين والقطعية إلاّ أنّ 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(5). فهي ترتقي إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه.وبالتالي يجب عدم التسليم المطلق بنتائج التحليل الجيني قبل اختبار الموضوعية، والوقوف على طبيعة عدّة التقنية والتأكد من سلامة الأجهزة، ودراية الفنين في تشغيلها، كما يجب إجراء تحليلين من عينتين مختلفتين لإمكان المقارنة والاطمئنان لسلامة النتيجة، وأن يكون العامل عليها من أهل الاختصاص

---

(1) **السبيل**، عمر بن محمد،"البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية"،مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، السنة 13، 1423 هـ/ 2002 م، ص 55.

(2) **الكعبي**،خليفة علي،البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير منشورة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2004 م، ص 205

(3) انظر: تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 1424 هـ/ 2003 م، ص 292.

(4) القرار رقم 7 الصادر عن مجلس المجمع الفقه الاسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 5–10 جانفي 2002.

(5) **حمادو**، نذير، "البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب الولد الغير شرعي"، مقال سابق الذكر.

والخبرة ولا يكون في مرحلة التجريب بل يكون متمرّسا وذا خبرة وأن يكون القائمون على إجراء الفحوص والتحاليل الخاصة بالتحليل الجيني عدولا ثقة أمناء وأن لا تتدخّل المصالح الشخصية والأهواء في هذه الفحوصات(1).

كما أنّ القاضي إذا شكّ في النتائج، له أن يأمر بإعادتها مرّة أخرى. ففي قضية طالبت المعقبة بإجراء تحليل جيني ثاني على أساس أن نتيجة التحليل مشكوك فيها.وقبلت محكمة التعقيب الطلب وذهبت في إحدى حيثيات القرار " وحيث أنّ التعليل الذي انتهجته محكمة القرار لا يتماشى مع مظروفات الملفّ ومصلحة الطفلة الفضلى وخصوصية الدعوى ذلك أنه ما من شكّ بأنّ الأبحاث والاختبارات الطبية لها تأثير سواء سلبي أو إيجابي وبالتالي فإنه لا شيء يمنع من إعادة الاختبار"[2]. كما ذهبت محكمة التعقيب في قرار آخر إلى أنّ التحليل الجيني يظلّ "هو الوسيلة العلمية الوحيدة التي يمكن بمقتضاها نسبة طفل لوالده أو نفيها. وتبقى محكمة الموضوع صاحبة الولاية في النظر في صحة الاختبار المأذون به،والاعتماد على نتيجته دون رقابة عليها من هذه المحكمة (محكمة التعقيب)، شرط أن يكون قضاؤها معللا، تعليلا سائغا متناسقا دون تحريف في مضمون ذلك الاختبار أو ثبوت أي تقصير من جانبها له تأثير سواء فيما يتعلّق بذلك المضمون والطريقة المتّبعة من الخبير أو فيما يتعلّق بفهمها وصحة تقييمها لأعمال الخبير[3]".

فعند احترام هذه الضوابط، يمكن الاستناد إلى البصمة الوراثية بالأولوية على البينة بالشهادة والإقرار. باعتبار أن البصمة الوراثية أقوى من شهادة الشهود لأنها تؤدي إلى إقامة الحجة والبينة على صدق أو كذب المدعي للنسب وهو الغرض الذي يقوم به الشهود[4].

المطلب الثاني

إشكاليات دعوى إثبات النسب بالبصمة الوراثية

يمكن أن تثار عدة إشكاليات بخصوص دعوى إثبات النسب بالبصمة الوراثية،قياسا على الإشكاليات التي أثيرت في دعاوى إثبات البنوة بالبصمة الوراثية،حسب أحكام القانون المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 سابق الذكر التيكانت محلّ اجتهاد الفقه وفقه القضاء.وهي إشكاليات تتعلق أساسا،بمدى إمكانية إلزام الشخص بالخضوع لاختبارات البصمة الوراثية؟ من جهة، (أ)وبحكم امتناع الخصم عن إجراء تحليل البصمة الوراثية من جهة أخرى (ب).

أ–مدى إمكانية إلزام الشخص بالخضوع لاختبارات البصمة الوراثية؟

لم يتعرّض المشرع التونسي إلى هذه المسألة صراحة،وخاصة إلى إمكانية جبر المعني بالأمر بالقوة على إجراء ذلك التحليل مثلما هو الشأن بالنسبة للتحليل الدموي على من هو مشبوه فيه من أجل السياقة في حالة

---

(1) **القرمازي** محمّد، "أحكام النسب بين مجلة الأحوال الشخصية والتّشريع الإسلامي"، مقال سابق الذكر، ص 96.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 62953 مؤرخ في 08 نوفمبر 2018.

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 65200 مؤرخ في 21 نوفمبر 2018.

(4) **بن صادقالجندي** إبراهيم، **بن حسن الحصني** حسين، الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس، بحث مقدّم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الجزء 4، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، 2002، ص 644.

سكر[1]. وهو ما يجرّنا إلى القول أنّه في ظلّ غياب نصّ تشريعي صريح يفرض على الشخص الخضوع إلى التحليل الجيني، فإنه لا يمكن غصبه وجره عنوة لأخذ العينات منه بليجب أخذ الموافقة المسبقة والرضا الحرّ والواعي للشخص المعني بالأمر[2].

كذلك جبر الشخص عنوة على إجراء التحليل الجيني يتنافمع مبدأ احترام الحرمة الجسدية للشخص. التي حماها الدستور التونسي الصادر بتاريخ 27 جانفي 2014 في فصله 23 " تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد".ويتنافى أيضا مع حماية الحياة الخاصة التي حماها الدستور في الفصل 24. ولا يمكن النيل من هذه الحقوق والحريات إن لم يكن هناك نصّ قانوني يسمح بذلك[3]. فمن حق كل فرد في أن يكون بمنأى عن كل تطفّل من الغير.وذلك لما يفرزه استخدام البصمة الوراثية من معلومات تعد انتهاكا لخصوصية الفرد خصوصا وأن عملية تحليل البصمة الوراثية تستوجب إجراء فحوصات وكشوفاتطويلة. كما أن عمليات سحب نتائج التحاليل البيولوجية وحفظها لا تحظى بالعناية اللازمة بسبب ضعف الإجراءات المتبعة في مجال حفظ السرّ الطبّي المنصوص عليه بالفصل 21 من القانون عدد 54 لسنة 2002 المؤرخ في 11 جوان 2002 والمتعلق بمخابر التحاليل الطبية[4]. علما أنّ تخزين نتائج التحاليل الجينية يتمّ على حوامل شخصية وهو ما قد يعرّضها إلى استعمالات غير مشروعة. وهو ما أكّدته دائرة المحاسبات في تقريرها السنوي العام التاسع والعشرين حيث وقفت على ملفات راجعة إلى مخبر باستور، وهو المخبر الوحيد المؤهل لإجراء مثل هذه التحاليل،تتضمن التساخير القضائية ونتائج تحاليل في مكان مفتوح وهو ما يشكل انتهاكا للصبغة السريّة لهذه الوثائق وما ينجر عن ذلك من إضرار بالأشخاص المعنية بهذه الملفات[5].

ولقد بيّنت محكمة التعقيب في قرارها الصادر سنة 2009 [6]، بوضوح بأنه لا يمكن إخضاع الوالد المزعوم إلى إجراء التحليل الجيني ولربمّا كان اعترافا بحق كل شخص في احترام بدنه وهو المبدأ الذي يعبّر عنه باللغة اللاتينية *Noli Me Tangere*[7]. وبالتالي لا توجد إمكانية لجرّ الوالد المزعوم عنوة وباستعمال القوة إلى المخبر لإجراء التحليل الجيني عليه.

---

[1]انظر الأمر عدد 146 لسنة 2000 مؤرخ في 24 جانفي 2000 يتعلق بالسياقة تحت تأثير حالة كحولية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 8 بتاريخ 28 جانفي 2000، ص 167 وما بعدها.

[2] كما جاء فيإعلان اليونسكو العالمي لحقوق الجينوم البشرى الصادر في 11 نوفمبر 1997 في المادة (5) ب.

[3] أجاز الفصل 49 من الدستور التونسي الحدّ من هذه الحقوق والحريات لكنه قيّد ذلك بضوابط أفقية عامّة لا يمكن تجاوزها، فجاء ضامنا لفاعلية هذه الحرية ومانعا للالتفاف عليها بإثقالها بالقيود والشروط والاستثناءات التي تؤول إلى محو جوهرها، فنص على ما يلي:

"يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلّا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفّل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك".

[4] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49، بتاريخ 14 جوان 2002، ص 1570.

[5] الجمهورية التونسية، دائرة المحاسبات، التقرير السنوي العام التاسع والعشرون، 2014، ص 560.

[6] قرار تعقيبي مدني عدد 29967 المؤرخ في 29 جانفي 2009، نشرية محكمة التعقيب التونسية. 2009 القسم المدني، ج 2، ص 331.

[7] Ne me touche pas.

ب حكم امتناع الخصم عن إجراء تحليل البصمة الوراثية؟

طرح السؤال على المحاكم لمعرفة إن كان بإمكان المدعى عليه في دعوى إثبات الأبوة رفض الخضوع إلى هذا التحليل، خاصة أنّ قانون28 أكتوبر 1998 السابق الذكر لم يرتب جزاء عن هذا الموقف. وهو ما أدّى إلى تناقض في مواقف فقه القضاء التونسي، فبعض المحاكم لم تعتبر هذا الرفضإقرارا بالأبوّة[1] وبعضها الآخر اعتبرت هذا الرفض إقرارا ضمنيا بالأبوة.من ذلك المحكمة الابتدائية بصفاقس في حكمها عدد 42121 الصادر في 25 جوان 1999اعتبرت «أن امتناع المطلوب غير المبرر عن الاتصال بالحكيم المنتدب للخضوع للتحاليل اللازمة رغم دعوته لذلك وتعهده بإجرائها يعد إقرارا منه بثبوت نسب الطفل بلال إليه طبقا لأحكام الفصل 429 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي نص على " الإقرار الحكمي ينتج من سكوت الخصم إذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه وأصرّ على سكوته ولم يطلب أجلا للجواب"...

كذلك اعتبرت محكمة الاستئناف بالمنستير في قرارها المؤرخ في 12 جويلية 2000، أنّ رفض المستأنف ضده لمثل ذلك التحليل و لئن كان من حقه لعدم وجود آلية قانونية صلب قانون 28 أكتوبر 1998 لجعله على ذلك جبرا، فإنه يمنح المستأنفة و المحكمة في نطاق مبدأ المواجهة بين الطرفين من إحراز وسيلة إثبات جازمة وقاطعة في النزاع و يخول ترتيبا على ذلك للمحكمة استنتاج ما يفرضه القانون من ذلك الموقف، ألا وهو الإقرار الحكمي. ذلك أن عدم ترتيب أي أثر قانوني للرفض غير المعلن للاستجابة لمقتضيات القانون يجعل مسألة تطبيق القانون طوع المتقاضي و هو ما يتنافى و كنه التشريع و المبادئ العامة للقانون الذي سن ليطبق و فرغ النص من أدواته و آلياته و بلوغ أهدافه ويشرع مصلحته في حماية النظام العام العائلي و الاجتماعي خاصة أن الأمر يتعلق بمسألة جد حساسة تتعلق بحق الهوية و الانتساب لعائلة[2].

وقد اتخذت محكمة التعقيب نفس الموقف في عدّة قرارات من ذلك في قرارهاالتعقيبي المدني عدد 10020 مؤرخ في 12 أكتوبر 2001، حيث ذهبت إلى "إن اعتبار محكمة الموضوع أن عدم تقدّم المدّعى عليه للتّحليل الجيني بعد أن أعرب عن استعداده لذلك يعدّ اعترافا ضمنيا بالأبوة يدخل ضمن سلطتها التقديرية ومطلق اجتهادها وهو استنتاج منطقي ومعقول يتماشى وروح التشاريع في هذا المجال".

ولحلّ هذا التناقض جاءالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية2003[3]لإضافة فقرة ثالثة للفصل 3 مكرر من قانون 28 أكتوبر 1998 وأصبحت القرائن من وسائل الإثبات المعتمدة قانونا لإثبات البنوة غير الشرعية إذ يمكن للمحكمة أن تبتّ في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل

---

(1) انظر مثلا قرار استئنافي مدني عدد 13494 مؤرخ في 3 نوفمبر 2000، غير منشور، كذلك قرار تعقيبي مدني عدد 4182، مؤرخ في 16 نوفمبر 2000 غير منشور، ذكرا في مقال **والي**،درّة و**الحشيشة**،أحمد، "إثبات البنوة"، مقال سابق، ص100.

(2) قرار عدد 13936 صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير في 12 جويلية 2000 غير منشور مع تعليق الأستاذ **بنحليمة**، ساسي في جريدة الصباح التونسية 1 –2–3 نوفمبر 2000.

(3) الرّائد الرّسمي للجمهورية التونسية عدد 54 بتاريخ 08 جويلية 2003، ص 2259.

بالاعتماد على ما يتوافر لديها من قرائن متعدّدة ومتضافرة وقويّة منضبطة وبذلك يمكن للمحكمة أن تستنتج من رفض المطلوب الخضوع للتحليل الجيني قرينة قويّة ضده على ثبوت أبوته.

هذا الحلّ أقرته أيضا محكمة التّعقيب في قرارها الصّادر في 8 أكتوبر 2004 جاء فيه " وحيث إنّ إحجام المعقب عن عرض نفسه لإجراء التحليل الجيني يعدّ منه إقرارا ضمنيا بثبوت أبوته الطبيعية للبنت المقام في حقها وفقا لمقتضيات الفقرة 3 من الفصل 3 مكرر لقانون إسناد اللقب الوارد بها وثبت للمحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفر لديها من قرائن متعددة ومتضافرة وقوية ومنضبطة".

كذلك أقرّته في القرار التعقيبي المدني عدد 33409-2016 المؤرخ في 17 جانفي 2017:" وتبتّ المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصّادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفر لديها من قرائن متعددة ومتضافرة وقوية ومنضبطة.

وحيث اقتضى الفصل 429 من مجلة الالتزامات والعقود أن الإقرار الحكمي ينتج عن سكوت الخصم من مجلس الحكم الذي دعاه الحاكم للجواب عن الدعوى الموجهة إليه وأصرّ على سكوته ولم يطلب أجلا للجواب.
وحيث لا خلاف أنه قد تمّ دعوة المعقب إلى إجراء التحليل الجيني بصفة قانونية في مقرّ إقامته المعتاد وفي مناسبتين إلا أنه تقاعس عن ذلك ورفض الإذعان إلى التحليل ولم يقع بالتالي تنفيذ الحكم التحضيري الصّادر بإجراء التحليل الجيني لردّ الدعوى مما يعدّ معه إقرارا منه بنسب المقام في حقه باعتباره ولده من صلبه"[(2)].

الخـاتمة

تناولهذا البحث موضوع إثبات النّسب بالبصمة الوراثيّة بين القانون الوضعي التّونسي والفقه الإسلامي. وقد توصلنا فيه إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أوّلا: النّتائج

1) تقع البصمة الوراثية في منزلة القيافة ويجوز الاعتماد عليها في إثبات النسب في الفقه الإسلامي.
2) لا يمكن إلزام الشخص بالخضوع لاختبارات البصمة الوراثية بل يجب أخذ الموافقة المسبقة والرضا الحرّ والواعي للشخص المعني بالأمر.
3) يمكن اعتبار امتناع الخصم عن إجراء تحليل البصمة الوراثية قرينة ضده على ثبوت نسب الطفل.

[(1)] www.cassation.tn

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

ثانيا: التوصيّات

1) نظرا لما تكتسبه البصمة الوراثية من جدوى في الإثبات وجديّة عمليّة، باعتبار أنّها إذا استوفت الشروط الكاملة، واجتنبت الأخطاء البشرية؛ فإن نتائجها تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين. وتصل نتائجُها إلى 99.9%،فإنّها تعدّ وسيلة إثبات هامّة في دعوى إثبات النسب على المشرّع التّونسي أن يعتمدها تدعيما لقرينة الفراش وينصّ عليها صراحة صلب الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية وذلك على غرار بقية التّشاريع المقارنة خاصّة أن اعتماد هذه التقنية العلميّة في مجال إثبات النسب غير مخالف للفقه الإسلامي. ويمكن اعتمادهاحال الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وفي أطفال الأنابيب، وفي حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم.

2) منح عناية كبيرة لمراكز الطبّ الشرعي، وإدخال تقنيات حديثة ومتطوّرة. ودعوة مخابر التحاليل الجينية لمزيد الحيطة والحذر عند إجراء التحاليل، وعند صدور النتائج وذلك نظرا لأهمية المهمة المناطة بعهدتهم.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أوّلا: المعاجم

- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1999م.
- الجرجاني، علي بن محمد، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة: محمد صدّيق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر العربية، 2004 م.
- الشحروري، محمد أمين، الموجز في شرح مفردات القرآن الكريم، مكتبة الشاملة الذهبية، 1431 هـ- 2010 م
- رينهارت دوزي، تكملة المعاجم العربية، تحقيق: محمد سليم النعيمي، دار الرشيد للنشر-الجمهورية العراقية-وزارة الإعلام، 1980م، الجزء الأول.
- مصطفى، إبراهيم وأحمد حسن وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004 م.
- معلوف، لويس، المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الثامنة والثلاثون، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 2000م.

ثانيا: الكتب

- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مكتبة العلم، جدّة، الطبعة الأولى، 1415 هـ.
- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1408 هـ-1988م.
- ابن ماجة، محمد بن يزيد (المتوفى: 273 هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
- الآجري، محمد بن الحسين، الشريعة، تحقيق: عبد الله بن عمر بن سليمان الدميجي، دار الوطن، الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م.
- البخاري، محمد بن اسماعيل (المتوفى: 256 هـ)، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير-دمشق بيروت، سنة النشر: 1423هـ -2002م.
- البقري، محمد بن عمر، حاشية البقري علي شرح الرحبية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة، 1406هـ-1986م.
- بنحليمة، ساسي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصيّة، مركز النشر الجامعي 2011، تونس.
- الترمذي، أبو عيسى التِّرْمِذِي (متوفى 279 هـ)، جامع الترمذي.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

- التليدي، عبد الله بن عبد القادر، إتحاف المسلم بزوائد أبي عيسى الترمذي على البخاري ومسلم، دار الكتب العلمية، ص 513.
- التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصداء المجتمع للنشر والتوزيع، القصيم–بريدة–السعودية، الطبعة السابعة، 1437هـ–2016م.
- الجندلي، حامد، قانون الأحوال الشخصية التونسي وعلاقته بالشريعة الإسلامية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011.
- الخطيب، ياسين، ثبوت النسب، دار البيان العربي، جدة، 1987م.
- الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، الطبعة الثانية، 1414هـ–1994م. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية، الجزء 6.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء 17، دار المعرفة، بيروت 1409 هـ –1989 م.
- الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء 6، ، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، 1421 هـ– 2000م.
- شرف الدين، أحمد، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة، مصر، 2004.
- شرف الدين، محمد كمال، قانون مدني (النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق)، طبعة ثانية، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2017.
- الطحاوي، محمد بن أحمد، شرح معاني الآثار، حقّقه وعلّق عليه محمد زهري النجّار، دار الكتب العلميّة، 1416 هـ.
- الفيروزأبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426 هـ–2005 م.
- الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف – القاهرة، الطبعة الثانية، 1427هـ.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود، (المتوفى: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، 1406 هـ –1986م، الجزء 7.
- اللودعمي، تمّام محمد، الجينات البشرية وتطبيقاتها: دراسة فقهية مقارنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرندن–فرجينيا–الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، 1432هـ–2011م، جدة، 1987م.
- الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 21، تحقيق معوض، علي، وعبدالموجود، عادل، دار الكتب العلميّة، 1414هـ – 1994 م.
- مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم.
- المزغني، رضا، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامّة، الرياض 1985.
- الواحدي، علي بن أحمد بن محمد (المتوفى 468هـ)، التفسير البسيط، تحقيق: سليمان بن إبراهيم الحصين، دققه ونقحه وضبطه: عبد العزيز بن سطام آل سعود وتركي بن سهو العتيبي، العبيكان، الطبعة الثانية، 1439هـ–2018م، الجزء 16.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

- وزارة العدل المغربية، دليل علمي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004.

ثالثا: الرسائل العلميّة

- بالشيخ، عبد الرؤوف، الوضعية القانونية للبنوة غير الشرعية في القانون التونسي، مذكرة نيل شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بتونس، نوفمبر 1979.
- بوقرة، محمد المنصف، إثبات نسب ابن الخطيبين في فقه القضاء التونسي، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1979، مرقونة.
- شندول سعد، عمارة، المستجدّات العلميّة وأثرها في تغيير الأحكام الاجتهادية، بحث مقدّم لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلاميّة تخصّص: الفقه والسياسة الشرعيّة، المعهد العالي للحضارة الإسلاميّة تونس، السنة الجامعيّة 1440- 1441هـ/ 2019-2020.
- الكعبي، خليفة علي،البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، رسالة ماجستير منشورة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2004 م.

رابعا: الأبحاث

بن حليمة، ساسي،

- "دعوى نفي النسب"، دراسات في الأحوال الشخصية،مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص. 403.
- "وضعيّة الطفولة الطبيعية أو غير الشرعيّة في تونس"، دراسات في الأحوال الشخصيّة، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012، ص 427.
- بن صادق الجندي إبراهيم، بن حسن الحصني حسين، "الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس"، بحث مقدّم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الجزء 4، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، 2002.
- بوعصيدة، حافظ، "إثبات الأبوّة"، مجلة القضاء والتشريع جوان 1999، ص. 25.
- بوقرة، محمد المنصف "الإقرار بالنسب في فقه القضاء"، خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959 – 2009، مركز النشر الجامعي تونس 2010، ص. 1269
- حمادو، نذير،" البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب الولد الغير شرعي"، دراسة فقهية في إطار ملتقى علمي حول "البصمة الوراثية DNA في الإثبات"، سطيف 10 أفريل 2008.
- السبيل، عمر بن محمد،"البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية"،مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، السنة 13، 1423 هـ/ 2002 م، ص. 55.
- الطّاهري، هدى وبنخليفة، نعيمة، "القانون الوضعي والتّشريع الإسلامي"، رؤية موضوعيّة للقانون، مجموعة دراسات مهداة إلى روح الأستاذ محمد بقبق، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2021، ص. 197.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

- القرمازي، محمّد، "أحكام النّسب بين مجلة الأحوال الشخصية والتّشريع الإسلامي"، دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق بصفاقس، تونس، عدد 21 لسنة 2014، ص. 37.
- القرهداغي، علي محيي الدين،"البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 1424 هـ/ 2003 م، ص 55.
- القيسي، عامر، " في الماهية القانونية للجين البشري"، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، عدد 43-2006، ص. 84.
- هلالي، سعد الدين،"البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422 هـ/ 2002 م، المجلد 3، ص 65.
- واصل، فريد –مفتي جمهورية مصر العربية – سابقاً–،"البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، السنة 15، 1425 هـ/ 2003 م، ص 65.
- والي، درّة والحشيشة،أحمد، "إثبات البنوة"، مقالات في قانون العائلة، جمعية الحقوقيين بصفاقس، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس 2016، ص. 81.

خامسا: الأحكام القضائية

- قرار تعقيبي مدني عدد 5931 مؤرخ في 21 أكتوبر 1968.
- قرار تعقيبي مدني عدد 760 مؤرخ في 26- 04- 1977.
- قرار تعقيبي مدني عدد 26431 بتاريخ 2-06- 1992.
- قرار تعقيبي مدني عدد 49089 مؤرخ في 7 ماي 1996.
- قرار تعقيبي مدني عدد 51346 مؤرخ في 26 نوفمبر 1996.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس عدد 42121 الصادر في 25 جوان 1999.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة عدد 40376 بتاريخ 29 فيفري 2000.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالمنستير عدد 13494 بتاريخ 9 نوفمبر 2000.
- قرار تعقيبي مدني عدد 6719 الصادر في 11 ماي 2001.
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقيروان تحت عدد 32442 بتاريخ 05 جوان 2001.
- قرار تعقيبي مدني عدد 10020 مؤرخ في 12 أكتوبر 2001.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة تحت عدد 4420 بتاريخ 12 ديسمبر 2001.
- قرار تعقيبي مدني عدد 19484 المؤرخ في 7 فيفري 2003.
- قرار تعقيبي مدني عدد 29967 المؤرخ في 29 جانفي 2009.
- قرار صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 36913 مؤرخ في 31 ماي 2012.
- قرار تعقيبي مدني عدد 2016-33409 المؤرخ في 17 جانفي 2017
- قرار تعقيبي مدني عدد 62953 مؤرخ في 08 نوفمبر 2018.
- قرار تعقيبي مدني عدد 65200 مؤرخ في 21 نوفمبر 2018.

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021

سادسا: القوانين والتشريعات

- الدستور التونسي الصادر في 27 جانفي2014.
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة في 13 أوت1956.
- قانون الأسرة الجزائري.
- مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004.
- قانون الأحوال الشّخصية الأردنيرقم 15 لسنة 2019.
- القانون عدد 75 لسنة 1998 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 87 بتاريخ 30 أكتوبر 1998، ص. 2176. كما نقح بالقانون عدد 51 لسنة 2003 مؤرخ في 7 جويلية 2003، الرّائد الرّسمي للجمهورية التونسية عدد 54 بتاريخ 08 جويلية 2003، ص 2259.
- الأمر عدد 146 لسنة 2000 مؤرخ في 24 جانفي 2000 يتعلق بالسياقة تحت تأثير حالة كحولية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 8 بتاريخ 28 جانفي 2000، ص. 167 وما بعدها.
- القانون عدد 54 لسنة 2002 المؤرخ في 11 جوان 2002 والمتعلق بمخابر التحاليل الطبيّة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49، بتاريخ 14 جوان 2002، ص. 1570.

سابعا: التقارير

- الجمهورية التونسية، دائرة المحاسبات، التقرير السنوي العام التاسع والعشرون، 2014.
- تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة 14، 2003.

ثامنا: مواقع إلكترونية

- www.cassation.tn
- www.gulfkids.com

©جميع الحقوق محفوظة،عمادة البحث العلمي/ جامعة الزيتونة الاردنية 2021