

جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس
كلية الحقوق و العلوم السياسية

البصمة الوراثية و مكانتها بين أدلة الإثبات

(دراسة مقارنة)

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص : قانون خاص فرع : قانون طبي

تحت إشراف :
أ.د قادة بن بن علي

من إعداد الطالب :
زنائدة عبد الرحمان

أعضاء لجنة المناقشة :

- قاسم العيد عبد القادرأستاذ التعليم العالي بجامعة سيدي بلعباس رئيسا
- قادة بن بن عليأستاذ التعليم العالي بجامعة سيدي بلعباس مشرفا و مقرا
- رباحي أحمدأستاذ التعليم العالي بجامعة الشلف عضوا
- حاج بن علي محمدأستاذ محاضر بجامعة الشلف عضوا

السنة الجامعة :2016_2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسم الله الرحمان الرحيم

يقول الله عز وجل

سورة فصلت الآية 53

سَنُرِيهِمْ ءَايَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ
أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٣﴾

يقول عماد الأصفهاني :

" إني رأيت أنه لا يكتب إنسانا كتابا في يومه إلا قال في غده , لو غير
هذا لا كان أحسن, و لو زيد هذا لكان أفضل , و لو قدم هذا لكان أقوم , و
لو ترك هذا لكان أجمل , و هذا من أعظم العبر, وهو دليل علي استيلاء
النقص علي جملة البشر "

شكر وتقدير

الشكر كلمة طيبة كشجرة طيبة يفىء إلى ظلها الضليل من يطوفه الإكرام و الإحسان و يحتدم به أوار العجز عن مفترض الآلاء و المنن ، و قد كان من فضل الله عز و جل أن جعل شكر الناس من مقتضيات شكره تبارك و تعالى و في هذا المقام و من هذا المنطلق يطيب لي أن اتقدم بوافر شكري و إمتناني إلى أستاذي الفاضل قادة بن بن علي الذي يعود له الفضل كل الفضل في بلوغ هذه الأطروحة مبلغها .

كما لا يفوتني في هذا المقام أداء واجب الشكر إلى كل أفراد عائلتي الذين وفروا لي الجو الملائم للعمل .

و إلى كل من أعانني من قريب أو من بعيد من زملائي الأساتذة راجيا المولى عز وجل أن يجزي الجميع خير الجزاء و أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا .

و صلى اللهم على سيدنا محمد و آله و صحبه و سلم .

المقدمة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين ،سيدنا و حبيبنا محمد الهادي الأمين المبعوث رحمة للعالمين و على آله و صحبه أجمعين أقتفي أثره و سار على نهجه إلى يوم الدين أما بعد .

- إن الاكتشافات العلمية في الربع الأخير من القرن العشرين ،و بداية القرن الحادي و العشرين باتت تتم بصورة سريعة أذهلت المكتشفين قبل غيرهم .

- حيث تتبع العلماء كل فرع من فروع المعرفة ،فسبروا أغواره و غاصوا في أعماقه متحدين كوامن غوامضه فتكون من ذلك بناء شامخا تتسع أبعاده و يعلو مع الأيام شأنه و تقدم موكب المعرفة تقدما يكشف أستار الأسرار التي كانت تختفي وراء حجب المظاهر الخادعة ،فخرج العلماء بفضل الله و كرمه و بسبب إتباع المنهج العلمي الصحيح من الحيرة التي تحيط بهم من كل جانب و ظفروا بإجابات مقنعة على كثير من التساؤلات التي ظلت أزمانا مستعصية على الخضوع للدقة و اليقين الذين بواسطتهما تنفتح قنوات المعارف و العلوم .⁽¹⁾

و فعلا إنفتحت قرائح العلماء و تعددت الإكتشافات إلى درجة جعلت المؤرخين يطلقون على كل عصر ما يتميز به من إنجازات علمية فكان عصر البخار و الكهرباء و عصر الصناعة و عصر الإنفجار العلمي و ما تلاه من إكتشافات تقنية و تكنولوجية كان من أهمها الحاسبات الإلكترونية و النظم المعلوماتية ، و إذا كان لابد من إبراز ما سيكون عليه القرن الحالي فإن الهندسة الوراثية أو البيولوجيا الجزيئية ستكون في طليعة إنجازاته العلمية و التي كان من أهم نتائجها البصمات الوراثية و كان ما أحرزته في مجال العدالة الجنائية و التحقق من الشخصية و معرفة الوالدية البيولوجية و غيرها من المجالات السبب الرئيس في إقرار العمل بها في ذلك من جانب عدد من التشريعات الدولية و الوطنية و ذلك بعدما رسخت قواعدها من الناحية البيولوجية و أصبحت حقيقة علمية ثابتة ووسيلة طبية مؤكدة و صار ينظر إليها على أنها ملكة وسائل الإثبات على الإطلاق⁽²⁾

1-د. محمد المختار السلامي .التحليل البيولوجي للجينات البشرية و حجيته في الإثبات .بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون الذي عقد بدولة الإمارات العربية بمدينة العين في الفترة من 05 إلى 07 ماي 2002 .

2-د.عبد الرحمن أحمد الرفاعي .البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .دراسة فقهية مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية .الطبعة الأولى 2013 ص18

و بسبب هذا الوصف (ملكة وسائل الإثبات) الذي لحقها رغم حداثتها قررت الكتابة في هذا الموضوع
و إخترت عنوانا لأطروحتي يتلاءم مع هذا الوصف (مكانة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات).

أهمية الموضوع: يكتسي موضوع هذه الأطروحة أهمية بالغة من عدة نواحي

- من حيث مفرداته: بالنظر إلى الموضوع من هذه الناحية نلاحظ أنه يجمع بين ثناياه تخصصات متشعبة
(العلم و الشرع و القانون) و مما لا شك فيه أن الكتابة في هكذا مواضيع يصعب التحكم في جوانبها
المختلفة .

- من حيث المضمون: فالموضوع يهدف إلى تحديد مكانة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات و لكون
البصمة الوراثية أصبحت تستعمل في مجال إثبات النسب كدليل إثبات و نفي و في المجال الجزائي كدليل
إثبات و نفي أيضا فأدلة إثبات النسب بالإضافة إلى حصرها شرعا و قانونا فإنها تكتسي لدى البعض
طابعا تعبديا ومن ثم فإن أي محاولة لتقديم أي دليل عليها يشكل افتراءا عن تراث ضارب بجذوره في
حضارتنا الإسلامية التي مازالت محل إجماع الأمة ،وهنا تكمن الأهمية العلمية في بحث هذا الموضوع الذي
في حقيقته مبني على قواعد ظنية مساندة بالظاهر .

أما في المجال الجزائي و كما هو معلوم يسود نظام الإثبات الحر الذي ينكر أي تدرج في أدلة الإثبات لكون جميع
الأدلة لديه متساوية و القاضي هو الذي يقوم باختيار الدليل المناسب بناء على إقتناعه الذاتي ،لذلك فإن بحث
مكانة أي دليل ضمن هذا النظام يقتضي تحليل المبادئ المسيرة له لتلمس المكانة المعنوية له .

أما المكانة التدرجية فأمرها محسوم مسبقا .

أسباب إختيار الموضوع: ترجع أسباب إختياري لهذا الموضوع لسببين رئيسيين هما :

أولا: أسباب شخصية: تتمثل أهم هذه الأسباب في احترام التخصص الذي درسته في الماجستير
(القانون الطبي) و لارتباط هذا الموضوع بتخصصي إختارته للكتابة فيه لتعميق معارفي .

ثانيا : أسباب موضوعية: الثورة البيولوجية و العلمية التي تحتاج العالم أفرزت أدلة مادية علمية ثار بشأنها جدل
فقهي صاحب مازال قائما يتمثل في أرجحيتها بالمقارنة مع الأدلة المعنوية فأردت من خلال العمل الوقوف على
هذه الحقيقة من خلال البصمة الوراثية التي تعتبر و بلا منازع دليلا ماديا علميا لنسأهم في تحسيس المختصين قبل
غيرهم التعويل على مثل هذه الأدلة لصقل العملية الإثباتية التي أصبح ينتابها القصور بسبب إفراطها في إعتمادها
على الأدلة المعنوية .

يضاف إلى هذه الاعتبارات أن المشرع الجزائري و في قانون الأسرة رقم 84 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل بالأمر رقم 05 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 و في المادة 40 / 02 ،أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب و قد أثار هذا التعديل لغطا قضائيا و فقهيما مازال يحتاج إلى توضيح .

و بإصدار المشرع للقانون رقم 16 03 المؤرخ في 11/06/2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية و التعرف على الأشخاص يكون المشرع الجزائري قد كشف عن نيته بالتعويل على البصمة الوراثية كدليل إثبات و نفي في المادة الجزائية و هكذا تعمقت رغبتني في إتمام هذا الموضوع لأنه و بصدر هذا القانون أصبح الإثبات بالبصمة الوراثية واقعا ملموسا .

إشكالات البحث :

أصبحت الأدلة العلمية التي أفرزتها الثورة البيولوجية و التي تعتبر البصمة الوراثية واحدة منها تثير العديد من الإشكالات عند استعمالها في الإثبات ،و إنطلاقا من ذلك حاولت من خلال هذه الأطروحة السعي للإجابة عن الإشكالات التالية :

- ما مفهوم البصمة الوراثية من الناحية اللغوية و البيولوجية و القانونية ؟ و ما الفرق بينها و بين البصمات الأخرى ؟ و ماهي المصادر البيولوجية التي تستخلص منها ؟ و ما هي المناهج المستعملة في تحديدها و إظهارها ؟ و ما هي شروط استعمالها من الناحية العلمية و التشريعية ؟

- و هل إستعمالها في إثبات ونفي النسب و بالنظر إلى طبيعتها القطعية اليقينية يشفع لها أن تتقدم على الأدلة الأخرى ؟ و ما تأثيرها في اللعان ؟ و هل يمكن أن تكون بديلا عنه ؟

- و هل إستعمالها كدليل إثبات في المادة الجزائية باعتبارها دليلا ماديا علميا لها مصداقيتها بفضل النتائج المؤكدة التي تقدمها يشفع لها بأن تحتل مكانا مرموقا بين أدلة الإثبات الجزائية ؟ و ما تأثيرها على إقتناع القاضي و سلطته التقديرية ؟

- و بالنظر إلى مميزاتها العلمية هل يمكن أن يؤدي التحكم في إستعمالها في الإثبات للكشف عن الحقيقة هجر أدلة الإثبات التقليدية ؟

و للإجابة عن كل هذه التساؤلات أثرت أن يكون منهج الدراسة على النحو الآتي :

منهج الدراسة

قسمت الدراسة إلى بابين :

الباب الأول : البصمة الوراثية بين النظرية و التطبيق

الفصل الأول : الجانب النظري للبصمة الوراثية

المبحث الأول : تعريف البصمة الوراثية .

- المطلب الأول : تأصيل مصطلح البصمة الوراثية
- المطلب الثاني : التعريف اللغوي للبصمة الوراثية
- المطلب الثالث : التعريف العلمي للبصمة الوراثية
- المطلب الرابع : التعريف القانوني للبصمة الوراثية
- المطلب الخامس : مراحل إكتشاف البصمة الوراثية

المبحث الثاني : التمييز بين البصمة الوراثية و المصطلحات المشابهة لها

- المطلب الأول : تمييز البصمة الوراثية عن القيافة
 - الفرع الأول : مفهوم القيافة
 - أولا : تعريف القيافة في اللغة
 - ثانيا : تعريف القيافة إصطلاحا
 - الفرع الثاني : التمييز بين البصمة الوراثية و القيافة
- المطلب الثاني : تمييز البصمة الوراثية عن البصمات الجسدية الظاهرة الأخرى
 - الفرع الأول : أنواع البصمات الجسدية
 - أولا : بصمة الأصابع
 - ثانيا : بصمات الأقدام
 - ثالثا : بصمة الأذن
 - رابعا : بصمة العين
 - خامسا : بصمة المخ
 - سادسا : بصمة الصوت
 - سابعا : بصمة الرائحة (العرق)
 - ثامنا : بصمة الشفاه

➤ الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين البصمة الوراثية و البصمات

الجسدية الأخرى

- أولا : الاختلاف في الوظيفة
- ثانيا : الاختلاف في الطبيعة
- ثالثا : الاختلاف في طريقة الإثبات

المبحث الثالث : الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثية .

- المطلب الأول : تعريف الأشخاص و الأشياء

➤ الفرع الأول : تعريف الاشخاص

- أولا : تعريف الشخص في اللغة
- ثانيا : تعريف الشخص في القانون الوضعي

➤ الفرع الثاني : تعريف الأشياء

- أولا : تعريف الشيء في اللغة
- ثانيا : تعريف الشيء في الاصطلاح الشرعي
- ثالثا : تعريف الشيء في القانون

- المطلب الثاني : البصمة الوراثية و طائفة الأشياء و الأشخاص في الفقه الإسلامي

➤ الفرع الأول : إعتبار أجزاء جسم الإنسان من طائفة الأشخاص

➤ الفرع الثاني : اعتبار أجزاء جسم الإنسان من طائفة الأشياء

- المطلب الثالث : البصمة الوراثية و طائفة الأشياء و الأشخاص في القانون الوضعي

➤ الفرع الأول : الإتجاه الأول : نظرية منح البصمة الوراثية صفة الأشياء

➤ الفرع الثاني : الإتجاه الثاني : نظرية منح البصمة الوراثية وصف

الأشخاص

➤ الفرع الثالث : الإتجاه الثالث : نظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة

الفصل الثاني : تأطير البصمة الوراثية علميا و تشريعيا

المبحث الأول : التأطير العلمي للبصمة الوراثية

- المطلب الأول : مصادر استخلاص البصمة الوراثية

- أولا : الدم
- ثانيا : التلوثات المنوية
- ثالثا : الأسنان
- رابعا : العظام
- خامسا : الشعر
- سادسا : البول و العرق
- سابعا : اللعاب و المخاط

- المطلب الثاني : طرق الكشف عن البصمة الوراثية

➤ الفرع الأول : دراسة تحليل الأطوال المختلفة للأجزاء المحددة

Restriction Fragment lenght polymorphism (RFLP)

➤ الفرع الثاني : طريقة التفاعل النووي المتسلسل (PCR)

➤ الفرع الثالث : طريقة تحليل الأجزاء أو التتابعات القصيرة (STR)

➤ الفرع الرابع : طريقة تحليل جزيء DNA الميتوكوندريا

- المطلب الثالث : مجالات استخدام البصمة الوراثية

- الفرع الأول : استخدام البصمة الوراثية في العلاج
- الفرع الثاني : استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب و الجنسية
- الفرع الثالث : استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي
 - أولا : القتل و السرقة
 - ثانيا : جرائم الزنا و الإغتصاب
 - ثالثا : الجرائم الإرهابية
 - رابعا : تحديد هوية المركبات المستعملة في حوادث الدهس
 - خامسا : إعادة فتح القضايا المجهولة

المبحث الثاني: التأطير التشريعي للبصمة الوراثية

- المطلب الأول : المعالجة التشريعية للبصمة الوراثية في التشريعات المقارنة في المجال الجنائي

- أولا : تحديد نطاق استعمال البصمة الوراثية
- ثانيا: الموازنة بين اعتبارات العدالة وبين الحق في الخصوصية الجينية .
- ثالثا: الجهة التي تأذن بإجراء الفحص الوراثي
- رابعا: إنشاء بنوك لتخزين المعلومات الجينية

- المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من المعالجات التشريعية للبصمة الوراثية في المجال الجنائي

● أولا: تحديد نطاق استعمال البصمة الوراثية

● ثانيا: مسألة الرضاء

● ثالثا: الجهة التي تأذن بإجراء اختبارات البصمة الوراثية

● رابعا: إنشاء بنك لتخزين المعلومات الجينية:

- المطلب الثالث: المعالجة التشريعية للبصمة الوراثية في المجال المدني في التشريعات المقارنة.

● أولا : الاتجاه التشريعي الذي أجاز اللجوء إلى اختبارات البصمة

الوراثية دون قيد أو شرط

● ثانيا: الاتجاه التشريعي المقيد لحرية الإثبات عن طريق البصمات الوراثية

الباب الثاني : منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات

الفصل الأول : منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب

المبحث الأول : تعريف النسب و إهتمام الشريعة الإسلامية به

- المطلب الأول : تعريف النسب

➤ الفرع الأول : تعريف النسب لغة

➤ الفرع الثاني : تعريف النسب إصطلاحا

➤ الفرع الثالث : تعريف النسب في القانون

- المطلب الثاني : عناية الإسلام بالنسب

➤ الفرع الأول : أهمية النسب في الشريعة الإسلامية

➤ الفرع الثاني : رؤية التشريع الإسلامي للنسب من حيث الوجود و العدم

● أولا : من حيث الوجود

● ثانيا : من حيث العدم

المبحث الثاني : طرق إثبات النسب و نفيه

- المطلب الأول : الطرق المنشئة للنسب

➤ الفرع الأول : الزواج الصحيح و شروط إثبات النسب به

● أولا : سبق قيام عقد النكاح

● ثانيا : أن يكون الزوج ممن يولد لمثله

● ثالثا : أن يولد الولد بين مدتي الحمل المقررتين شرعا

● رابعا : إثبات النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية

● خامسا : إثبات نسب الطفل الناتج عن طريق التلقيح الاصطناعي

➤ الفرع الثاني :إثبات النسب بنكاح الشبهة

• أولا : أنواعه

• ثانيا : حكم و آثار النسب في نكاح الشبهة

- المطلب الثاني : الطرق الكاشفة عن النسب

➤ الفرع الأول :الإقرار

➤ الفرع الثاني : البينة

➤ الفرع الثالث : القيافة و القرعة

• أولا : القيافة

• ثانيا : القرعة

- المطلب الثالث : اللعان كطريق شرعي لإثبات النسب

➤ الفرع الأول : تعريف اللعان و دليل مشروعيته

• أولا : تعريف اللعان لغة و اصطلاحا

• ثانيا :دليل مشروعية اللعان

➤ الفرع الثاني : شروط اللعان و طبيعته الشرعية

• أولا :شروط اللعان

• ثانيا :طبيعته الشرعية

➤ الفرع الثالث : الآثار المترتبة على اللعان

المبحث الثالث :البصمة الوراثية و طرق إثبات النسب و نفيه

- المطلب الأول : :البصمة الوراثية و طرق إثبات النسب

➤ الفرع الأول : موقف البصمة الوراثية من الفراش

➤ الفرع الثاني :موقف البصمة الوراثية من الشهادة

➤ الفرع الثالث :موقف البصمة الوراثية من الإقرار

➤ الفرع الرابع :موقف البصمة الوراثية من القيافة و القرعة

- المطلب الثاني :مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب

➤ الفرع الأول : مذهب القائلين بتقديم الأدلة الشرعية التقليدية عن البصمة

الوراثية

➤ الفرع الثاني : مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على أدلة إثبات النسب

التقليدية

➤ الفرع الثالث :الرأي المختار

- المطلب الثالث : البصمة الوراثية و اللعان

➤ الفرع الأول : مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللعان

➤ الفرع الثاني : مذهب القائلين بتقديم اللعان على البصمة الوراثية

➤ الفرع الثالث : الرأي المختار

الفصل الثاني : مكانة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الجزائية

المبحث الأول : ماهية الإثبات الجنائي

- المطلب الأول: مفهوم الإثبات الجنائي

➤ الفرع الأول :تعريف الإثبات الجزائي

➤ الفرع الثاني : أهمية الإثبات الجزائي

➤ الفرع الثالث : الهدف من الإثبات الجزائي

- المطلب الثاني : النظم الأساسية للإثبات الجزائي

➤ الفرع الأول : نظام الأدلة القانونية

➤ الفرع الثاني: نظام الأدلة الإقناعية (نظام الإثبات الحر)

➤ الفرع الثالث: نظام الإثبات المختلط

➤ الفرع الرابع : نظام الأدلة العلمية

➤ الفرع الخامس : موقف المشرع الجزائري

- المطلب الثالث: القواعد العامة للإثبات الجزائي

➤ الفرع الأول : حرية القاضي في تكوين قناعته

➤ الفرع الثاني : وجوب الاستناد إلى أدلة صحيحة

➤ الفرع الثالث : عبء الإثبات في المواد الجزائية

المبحث الثاني : ماهية الأدلة الجنائية و تمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها

تقسيماتها و أنواعها

المطلب الأول : ماهية الأدلة الجنائية

➤ الفرع الأول : تعريف الدليل لغة

➤ الفرع الثاني : تعريف الدليل شرعا

➤ الفرع الثالث : تعريف الدليل قانونا

- المطلب الثاني : تمييز الأدلة الجنائية عن بعض المصطلحات المشابهة لها
 - الفرع الأول : التمييز بين الدليل الجنائي و الإثبات
 - الفرع الثاني : تمييز الدليل الجنائي عن وسائل الاستدلال
 - الفرع الثالث : التمييز بين الدليل الجنائي و وسيلة الوصول إليه
- المطلب الثالث : تقسيمات الأدلة الجنائية
 - الفرع الأول: الدليل من حيث مصدره
 - الفرع الثاني : الدليل من حيث الجهة التي يقدم إليها
 - الفرع الثالث: الدليل من حيث علاقته بالواقعة المراد إثباتها
 - الفرع الرابع : الدليل من حيث الأثر المترتب عليه
- المطلب الرابع : أنواع الأدلة الجنائية
 - الفرع الأول : الاعتراف
 - الفرع الثاني : الشهادة

المبحث الثالث : البصمة الوراثية بين نظم الإثبات و أدلته

- المطلب الأول : تأثير البصمة الوراثية على قواعد الإثبات
 - الفرع الأول : تأثير البصمة الوراثية على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي
 - الفرع الثاني : تأثير البصمة الوراثية على مبدأ مشروعية الدليل
 - الفرع الثالث : تأثير البصمة الوراثية على مبدأ عبء الإثبات
- المطلب الثاني : تأثير البصمة الوراثية على أدلة الإثبات
 - الفرع الأول : تأثير البصمة الوراثية على الاعتراف
 - الفرع الثاني : تأثير البصمة الوراثية على الشهادة

الباب الأول

البصمة الوراثية بين النظرية والتطبيق

الفصل الأول

الجانِب النظري للبصمة الوراثية

الباب الأول : البصمة الوراثية بين النظرية والتطبيق.

ما زالت البصمة الوراثية في طورها الأول محاطة بكثير من الغموض و التساؤلات، حول ماهيتها و مفهومها، و طبيعتها الذاتية و الوصفية الأمر الذي يدعونا إلى كشف اللثام عن كنهها و توضيح حقيقتها و تمييزها عما قد يختلط معها من المصطلحات القريبة منها و بيان تأصيلها و مراحل تطور اكتشافها و مصادر استخلاصها و طرق الكشف عنها و مجالات الاستفادة منها، لذلك و حتى أتمكن من إستيعاب كل ذلك قسمت هذا الباب إلى فصلين .

الفصل الأول : تناولت من خلاله الجانب النظري للبصمة الوراثية .

الفصل الثاني : فخصصته للجانب العملي و العلمي لها و عنونته بتأطير البصمة الوراثية

الفصل الأول: الجانب النظري للبصمة الوراثية.

إن الخوض في ماهية الشيء يقتضي البحث في تأصيله لتعريفه و تمييزه عن المصطلحات التي تماثله أو تقترب منه ثم التعرض لطبيعته الذاتية.

لذلك ارتأيت لبيان ماهية البصمة الوراثية أن أوضح حقيقتها ثم أفرق بينها و بين غيرها من الأمور التي تتشابه بها لأعرض في الأخير لبيان طبيعتها الذاتية .

و بناء على ذلك سوف أخصص المبحث الأول لتعريفها و المبحث الثاني لتمييزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها، أما المبحث الثالث فأعالج فيه الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثية و ذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية.

المبحث الثاني : التميز بين البصمة الوراثية و المصطلحات المشابهة لها

المبحث الثالث: الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثية

المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية

يكتنف وضع تعريف محدد للبصمة الوراثية صعوبة بالغة و يرجع ذلك ربما إلى حداثة هذا المصطلح أو تعدد وظائفه أو تداخله مع بعض المصطلحات الوراثية الأخرى .

فالبصمة الوراثية من الناحية اللغوية تختلف عنها من الناحية البيولوجية ، كما أنها في هذه الأخيرة ليست هي ذاتها في القانون الوضعي لهذا ارتأيت أن أتناول تعريف البصمة الوراثية من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : تأصيل مصطلح البصمة الوراثية

المطلب الثاني : تعريف البصمة الوراثية في اللغة

المطلب الثالث : تعريف البصمة الوراثية في البيولوجيا .

المطلب الرابع : تعريف البصمة الوراثية في القانون الوضعي .

المطلب الأول: تأصيل مصطلح البصمة الوراثية

تطلق البصمة الوراثية و تضاف إما إلى الجين THE GEN فيقال البصمة الجينية

EMPREINTE GENITIQUE -THE GENETIC FINGER PRIENTING

و أما إلى الحمض النووي فيقال بصمة الحمض النووي EMPREINTE ADN

(DN FINGER PREINTING) و كلاهما صحيح فالحمض النووي DNA الذي وضع طراز بنائه

العالمان جيمس واطسن و فرانسيس كريك عام 1953⁽¹⁾ هو المادة الوراثية في الكائنات الحية و المكون الأساسي للتركيب الكيميائية للكروموزومات و يوجد هذا الحمض في جميع الخلايا البيولوجية سواء كانت مصادرها حيوانية أو نباتية أو كائنات حية ، و هو في الإنسان يوجد في جميع خلايا الجسد و أنويته ما عدا كرات الدم الحمراء نظرا لعدم احتوائها على نواة .

1- د- عبد الرحمن الحنيطي : استخدام البصمة الوراثية في التعرف على الهوية ، الطبعة الأولى 1999 منشورات أكاديمية نايف الأمنية العربية للعلوم الأمنية الرياض ص07

و يتألف DNA من سلسلتين طويلتين من النيوكليوتيدات المتعددة و تلتف هاتان السلسلتان على بعضهما البعض بصورة حلزونية $helex\ double^{(1)}$ لتكون بذلك لولبا مزدوجا على شكل شريط كاسيت يدوران حول محور واحد باتجاه يميني معاكس كاتجاه عقارب الساعة $^{(2)}$ و يمكن تشبيه هذا الشريط بالسلم الذي يمثل القواعد النيوكليوتيدية درجاته و سلالمه .

وتتكون البنية الأساسية لكل سلسلة من السلسلتين من الفوسفات و سكر الرايوز منقوص الأكسجين و قواعد البيورين و النيميدين و ترتبط تلك السلسلتان فيما بينهما في جزيء DNA بأربع قواعد نيتروجينية هي الأدينين و الجوانين و السايٲوزين و التايمين و ذلك بواسطة روابط هيدروجينية فترتبط الأدينين مع التايمين برابطتين هيدروجينيتين و ترتبط السايٲوزين مع الجوانين بثلاث روابط هيدروجينية ثم تتكرر هذه القواعد الأربعة في صورة زوجين على طول الحمض النووي بطريقة منظمة بحيث يفصل الزوج السابق و الزوج اللاحق مساحة تقدر بـ 4 / 3 وحدة أنجلستون و عشرة دورة و كل زوج منها يشكل درجة على السلم الحلزوني الطويل و يطلق على كل زوج منها نيوكليوتيد ، و يصل عدد النيوكليوتيدات في الجين الواحد إلى نحو ثلاثين ألف نيوكليوتيد أو زوج قاعدي و بذلك يكون الحمض DNA في الخلية الواحدة و الذي يحتوي على مائة ألف جين يتألف من ثلاثة بلايين زوج من القواعد.

و تستقر المعلومات الوراثية ، أو الصفات الوراثية الخاصة بكل كائن حي على جزيء DNA بصورة مشفرة مبرمجة و مقدرة منذ بداية تكوين كل كائن حي وفق تسلسل معين للقواعد النيتروجينية ، و التي يمكن اعتبارها بمثابة حروف للشفرة الوراثية و التي تحدد خصائص كل فرد و تميزه عن غيره من بني جنسه $^{(3)}$

1- د/ سعد الدين مسعد هلالي ، البصمة الوراثية و علاقتها الشرعية ، منشورات كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الكويت الطبعة الأولى 2001 ص23.

2- د/رائد بريهامي أبو بكر عزمي ، الاتجاهات العلمية الحديثة في علوم البصمات ، بحث مقدم للحصول على دبلوم الأمن العام من أكاديمية الشرطة بالقاهرة 1993. ص 53 .

3- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي مرجع سابق ص 31.

هذا الحمض بنائه و تركيبه السابق هو المادة الأولية لوراثة و الجزيء الذي يحتوي كافة المعلومات الوراثية في الكائنات الحية ، فبداخله يحمل أسرار الوجود و بين وحداته تكمن مفردات الحياة ، التي نشأت عنها جميع الخلائق ، و من خلال تتابع قواعده تتأتى بصمته التي تكشف لنا عن الصور المختلفة و المتعددة لأفراد الجين البشري و التي لا يمكن أن تتكرر فيما بينهم ، فإذا سميت هذه البصمة باسمه أو نسبت إليه عند الإطلاق كان ذلك من باب إضافة الفرع إلى الأصل أو إلحاق الجزء بالكل⁽¹⁾

و قد لاحظ العلماء أن ترتيب القواعد على الجينات و ترتيب الجينات على الكروموزومات تتفق في أكثرها بين جميع البشر فيما يخص الصفات المشتركة بينهم كالطول و القصر و الذكاء و لون العين و الجلد و الشعر ، و مع هذا التطابق الهائل بين جميع البشر فإن كل فرد يتميز بذاته عن سائر الخلق في حوالي اثنين إلى عشرة ملايين من بين الثلاثة بلايين من الوحدات القاعدية التي تكون الجينوم نصفها يتطابق مع الأب و النصف الآخر يتطابق مع الأم⁽²⁾.

هذه الجينات بآلافها المتعددة (يقدر عددها من ستين إلى مائة ألف جين في الخلية الواحدة) هي التي تتحكم في إظهار الصفات الوراثية التي يكسبها الإنسان منذ بداية خلقه ، و التي تبقى ثابتة لا تتغير حتى نهاية تكوينه تعتبر وحدات فرعية أو مشتقة من المادة الأولية للوراثة التي يتواجد داخل الحلقات الحلزونية المتتابعة للحمض النووي DNA ، و عند إسناد اسم البصمة الوراثية إليها فإن ذلك مؤسس على أنها هي التي تقوم بتحديد جميع الصفات الوراثية للإنسان و تعطية الهوية المميزة له عن غيره⁽³⁾.

1- د/ حسني محمود عبد الدائم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي طبعة 2006 ص71.

2- د/ سعد الدين مسعد هلال ، البصمة الوراثية و علاقتها الشرعية ، مرجع سابق ، ص 07.

3- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 34

و تعود هذه التسمية ، البصمة الوراثية إلى عام 1984 حينما نشر الدكتور (أليك جيفري) عالم الوراثة الإنجليزي بجامعة (ليستر) بلندن بحثاً أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات، و تعيد تقسيمها في تتابعات عشوائية غير مفهومة وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات شديدة الاختلاف و التباين بين الأفراد في الطول و الحجم و الموقع، واكتشف أن هذه التتابعات مميزة لكل فرد. و لا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالة التوائم المتماثلة فقط ، بل و إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص و آخر هو واحد في الترليون ، مما يجعل التشابه مستحيل ، لأن سكان الأرض لا يتعدون ستة مليارات و سجل أليك جيفري براءة اكتشافه عام 1985 و أطلق على هذه التتابعات اسم البصمة الوراثية للإنسان محاكاة لبصمة الأصبع لدى الإنسان و عرفت على أنها وسيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقارنة مقاطع الدنا.

و بذلك يكون الدكتور (أليك جيفري) هو أول من استعمل مصطلح البصمة الوراثية للدلالة على تلك التتابعات في تاريخ العلوم ، و قد دأبت و شاعت هذه التسمية في مجالات البحوث و العلوم و الفقه و القضاء و القانون .⁽¹⁾ و مع ذلك فقد ذهب البعض إلى القول بأن تسمية هذه التتابعات باسم البصمة الوراثية تسمية خاطئة مقترحة استبدالها بمصطلح الأدلة البيولوجية أو المعطيات و المؤشرات البيولوجية أو التحقيق البيولوجي أو الجيني من الهوية مستدلاً بدليلين :

الدليل الأول: إن البصمة **l'empreinte** في اللغة تعني انطباع أثر ما على شيء معين كبصمة اليد مثلاً **Empreinte Digitale** و البصمة الوراثية ليست كذلك و لا تنطبع كما تنطبع بصمات اليد . و يمكن الإجابة على هذا الدليل بالآتي:

أ- إن الاصطلاح هو اتفاق قوم على تسمية الشيء باسم ما ينقل عن موضعه الأول بمناسبة بينهما كالعموم و الخصوص أو كمشابكتهما في أمر أو مشابكتهما في وصف أو غير ذلك أو هو اتفاق طائفة على وضع اللفظ بإزاء المعنى أو هو اتفاق القوم على وضع الشيء موضعه و قيل لا: هو : إخراج الشيء عن المعنى اللغوي إلى معنى آخر لبيان المراد .

1_القاضي وليد العاكوم: البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات ، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون المنظم من طرف جامعة الإمارات المتحدة بين 05 و 07 مايو 2002 م ص 533 و ما بعدها .

ب- و في العصر الحديث عرف وبستر WEBSTER'S كلمة TERME أي المصطلح بأنه لفظ أو تعبير ذو معنى محدد في بعض الاستعمالات أو معنى خاص بعلم أو مهنة أو موضوع ، و عرف المصطلح بصورة عامة بأنه العلم الذي يبحث في العلاقة بين المفاهيم العلمية و الألفاظ اللغوية التي تعبر عنها.

هذا و قد أطلق البروفيسور (أليك جيفري) على الكشف الخطير مصطلح (البصمة الوراثية) و نقل عنه بهذا اللفظ ، للدلالة على التتابعات المتباينة بين الأفراد في أجزاء محددة من الحامض النووي ، و أن إطلاق مصطلح آخر عليها كالدليل البيولوجي أو الأدلة البيولوجية أو غير ذلك لا يتفق و ما قاله العلماء في تحديد المصطلحات و تأصيل العلوم و المفاهيم .⁽¹⁾

قالوا: أن لفظة (الوراثية) هي الأخرى خاطئة لأن التحليل البيولوجي للخلايا البشرية بغرض الإثبات لا يهدف إلى تحديد و معرفة مجموعة الخصائص الوراثية للشخص أو دراسة الخريطة الجينية و التناسلية للإنسان ، و إنما يهدف إلى تحليل أجزاء صغيرة من الحامض النووي DNA لتحديد هوية شخص ما أو معرفة ما إذا كانت البصمة الوراثية المأخوذة من مسرح الجريمة تعود إليه أم لا و من ثم لا يصح نعتة بالوراثية و يجاب عن هذا بأن البصمة الوراثية تعتمد في تحديد الهوية أو نفيها على حقيقة علمية مؤداها أن المولود يرث خصائصه البنيوية و الشكلية من أبويه بالتناصف لحظة الإخصاب و أن القول بغير ذلك فيه مخالفة لهذه الحقيقة.⁽²⁾

1- د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق ، ص 74.

2- عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 37.

المطلب الثاني: المعنى اللغوي للبصمة الوراثية

يلاحظ أن مصطلح البصمة الوراثية مصطلح مركب و لذلك يتعين علينا تعريف مصطلحي البصمة و الوراثية، لنتمكن من الوصول إلى التعريف الدقيق لهذا المصطلح.

أ- **البصمة** : هي كلمة علمية تعني العلامة يقال : بصم القماش بصما أي رسم عليه و قد أقر مجمع اللغة العربية بمصر لفظ البصمة بمعنى بصم و أثر الختم بالإصبع يقال : بصم بصما أي ختم بطرف أصبعه. و أصل الكلمة في معاجم اللغة بضم الباء وسكون الضاد يطلق على معنيين.

الأول: الكثيف و الغليظ نقول: رجل ذو بصم أي غليظ و ثوب له بصم إذا كان كثير الغزل⁽¹⁾

و هي مشتقة من البصم وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر يقال : ما فرقتك شبرا و لا فترا و لا عتبا و لا رتبا و لا بصما و رجل ذو بصم أي غليظ .

و البصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع و هي الآثار التي تخلفها الأصابع عند ملامستها سطحا مصقولاً (زجاج ، لوح جدار) و ذلك بعد مزجها بحبر خاص و الذي يعلق بالخطوط الحلمية البارزة التي تتخللها فتحات المسام العرقية بينما تظل التجاويف الغائرة خالية من الحبر.

قد أكدت الدراسات و البحوث أنه لا يمكن أن تنطبق بصمتان في العالم أجمع لشخصين مختلفين بل لا يمكن أن تنطبق بصمة أصبعين لشخص واحد و إن كان يمكن تشابههما ، كما تمتاز بعدم تأثرها بعوامل الوراثة ، لذلك لا يمكن تطابق أصابع الآباء مع الأبناء أو الأشقاء حتى و لو كانوا توأم من بويضة واحدة.⁽²⁾

1- د/ سفيان بن عمر بورقعة النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ، دار كنوز اشبيلية للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية ص 311 و ما بعدها.

2 - انظر المحامي حسام الأحمد . البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 2010 ، ص 19-20.

هذا التنوع و الاختلاف هو الذي جعلها مفيدة في معرفة الحقيقة عند أخذ البصمات من مسرح الجريمة. و نتيجة للتطورات الطبية تم اكتشاف محتوى النواة و الصفات الوراثية التي تحملها الكروموسومات و التي بمقتضاها يتعذر تشابه شخصين في الصفات الوراثية عدا التوائم المتشابهة و هي أكثر دقة من بصمات الأصابع حيث تمكن أخذ المادة الأساسية لاستخرج منها البصمة الوراثية من الأجزاء التالية (الدم ، المني ، جذور الشعر ، العظم اللعاب ، السائل الأمنيوسي للجنس ، و البول) و الكمية المطلوبة بمقدار حجم رأس الدبوس تكفي لمعرفة البصمة الوراثية.⁽¹⁾ أي أنه يكفي 50 إلى 100 خلية لإنجاز و معرفة البصمة الوراثية هذه الكمية تمثل 660 بيكو غرام ديانا picogramme و يمكن الحصول على نتائج الاختبارات خلال 72 ساعة بالنسبة لبقايا المني و اثني عشرة (12) ساعة لبقايا الدم كما أن تحليل الحمض النووي من بقايا الإنسان يمكن حتى و لو مرت عليه قرون.⁽²⁾

الثاني: هو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، عن ابن الأعرابي: يقال ما فارتك شبرا ولا فترا ولا عتبا ولا رتبا و لا نصبا.⁽³⁾

ب - معنى الوراثة:

هي مصدر ورث أو وارث يقال : ورث فلان المال منه و عنه ورثا و إرثا أي صار إليه بعد موته و في الحديث " لا يرث المسلم الكافر " أو ورث فلان أي جعله من ورثته و الورث و الوراثة و التراث مصادر ما يتركه الميت لورثته و الميراث جمع موارث و هو ما تركه الميت⁽⁴⁾ . و علم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى جيل و تفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال⁽⁵⁾.

1- Dr : Claude sureau. Test et empreinte génétiques – rapport présenté dans le cadre d'une mission de recherche droit et justice PUF1999 .

2- د/ عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم - البصمة الوراثية ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.islamtoday.net

3- الفوت : هو ما بين كل إصبعين طولاً. / الشبر : هو ما بين الإبهام و الخنصر. / الفتر : هو ما بين السبابة و الإبهام. / الرتب : هو ما بين البنصر و الوسطى أو هو ما بين البنصر و الخنصر.

شرح هذه المصطلحات مشار إليها في مرجع د/ حسني محمود عبد الدائم الموسوم بالبصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات. مرجع سابق ص 76.

4- د/ خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية ، دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن الطبعة الأولى 2006. ص 42.

5- د/ ناصر عبد الله الميمان ، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب ، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون العدد 18 جانفي 2003 ص 176.

و مجمل القول هو أن المعنى الجامع لكلمة الوراثة هو الانتقال مطلقا سواء كان انتقالا معنويا كانتقال الجاه و المجد أو انتقالا ماديا كانتقال المال أو انتقالا حسيا كانتقال الصفات الوراثية المتنقلة من الأصل إلى الفرع. و عليه فإذا ما اعتمدنا في تعريفنا للبصمة الوراثية على التعريف الذي ارتضاه لها مجمع اللغة العربية أي العلامة أو أثر الختم بالأصبع ، و الوراثة بمعنى الانتقال فإنه يمكن تعريف مصطلح البصمة الوراثية بأنه الأثر و العلامة التي تنتقل من الأصول إلى الفروع وفق قوانين مندل في الوراثة.⁽¹⁾ فالبصمة الوراثية هي بيان الخصائص و الصفات الوراثية التي تسمح بتحديد هوية الشخص و التعرف عليه و بالتالي تشبه بطاقة الهوية الشخصية ولكنها تحدد خصائصه الوراثية ، وبالتالي فهي عبارة عن هوية شخصية وراثية للفرد تبين لون عينه و بشرته و درجة ذكائه و نوع هرموناته و بروتيناته و حالته الصحية.⁽²⁾

المطلب الثالث : المعنى العلمي للبصمة الوراثية .

لتعرف على حقيقة البصمة الوراثية من الناحية العلمية يمكن الرجوع إلى علم الوراثة و الإرشاد الجيني : و قد رأينا سابقا عند تأصيلنا للبصمة الوراثية أنها تضاف إما إلى الحمض النووي أو الجينات و ذلك لتداخلها بسلسلة تراكيبها البنائية و تتابعاتها الجزيئية .

و في اصطلاح علماء الوراثة يعرف الحمض النووي **DNA** بأنه الجزيء الحامل للمادة الوراثية المشفرة أو المبرمج لكافة معلوماته في الكائنات الحية ، و أما الجينات فهي جمع جين و هي كلمة لاتينية معربة و تعني في العربية المورثة مصدرها الكلمة الإغريقية **GENO** التي تعبر عن الأصل أو العرق أو السلالة .⁽³⁾

و لقد تعددت تعريفات البصمة الوراثية من الناحية العلمية و على العموم يمكن ردها إلى أربعة اتجاهات .

الاتجاه الأول : عرف أصحاب هذا الاتجاه البصمة الوراثية بأنها النمط الوراثي المتكون من التتابعات تعتبر فريدة

و مميزة لكل فرد و لم تتماثل في شخصين بعيدين و إنما في التوائم المتطابقة . و ذهب البعض من أصحاب هذا الاتجاه إلى تعريفها بأنها : صورة تتابع النيوكليوتيدات التي تكون جزيء الحمض النووي **DNA** المميزة لكل فرد و التي لا تتشابه بين اثنين من البشر إلا في حالات التوائم المتماثلة .

الاتجاه الثاني : يكتفي أصحاب هذا الاتجاه بالإشارة إلى مظهر أو أكثر من مظاهر البصمة الوراثية مع ذكر طبيعتها الجينية ، فمن ذلك وصفها بأنها : اختلافات في التركيب الوراثي لمنطقة الأنترن ، التي يتفرد بها كل شخص وتورث .

الاتجاه الثالث : يكتفي أصحاب هذا الاتجاه في تعريفهم للبصمة الوراثية بوصفها دون تحديد لماهيتها أو وظيفتها و من أمثلة ذلك تعريفها بأنها : صورة لتركيب المادة الحاملة للعوامل الوراثية الحمض النووي **DNA** الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان .

1- د/ حسني محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 80 . 81 .

2- د/. فواز صالح . البصمة الوراثية . بحث منشور بالموسوعة القانونية المتخصصة المجلد الأول . الطبعة الأولى ص 10 جامعة دمشق . سوريا.

3- د / محمد الشناوي . البصمة الوراثية و حقيقتها في الإثبات الجنائي القاهرة الطبعة الأولى 2010 ص 06 .

و عرفت أيضا بأنها : وحدات كيميائية ذات شقين محمولة في المورثات (الجينات) و موزعة بطريقة تميز بدقة متناهية كل فرد من الناس عن الآخرين و سبب هذه الخصوصية راجع إلى طبيعة تكوين البصمة الوراثية ذاتها فهي متكونة من شقين من الصبغيات ، شق يرثه الفرد من أبيه و آخر يرثه من أمه لتكون صبغة جديدة هي خليط الصبغتين ثم ينقل الفرد بدوره احد شقين هذه البصمة لأبنائه لتكون بصمته الجديدة هكذا .

الاتجاه الرابع : اخلط أصحاب هذا الاتجاه بين البصمة الوراثية و بين جزئى البروتين حيث عرفوا البصمة الوراثية بأنها " تتابع الأحماض الأمينية ، لتسلسل معين و هذا التسلسل هو الذي يعطي الأمر للجين بإظهار صفة أو وظيفة معينة ، تتغير بتغير هذا التسلسل في موضع واحد من ترتيب الحمض النووي " .

و بالنظر للاتجاهات الأربعة السابقة يظهر لنا أن معظمها عبارة عن محاولات لتقريب معنى البصمة الوراثية لذلك فهي لا ترقى إلى درجة التعريف العلمي الدقيق لها ، فالاتجاه الأول و إن كان أفضلها لكونه تضمن تحديدا لماهيتها و أبرز دورها في التمييز بين الأفراد لكنه أغفل الإشارة إلى دورها في مجال البحوث العلمية و العلاج التي أثبتت الدراسات نجاحها فيها ، أما الاتجاه الثاني و الذي أشار فيه أصحابه أن طبيعة هذه الاختلافات بين الأفراد هي من طبيعة وراثية لكن يؤخذ عليه إغفاله الإشارة إلى الطبيعة البنائية للبصمة الوراثية ، كما أن اعتبارها فردية على الإطلاق ليس في محله لأنه من الثابت علميا أن البصمة الوراثية تتشابه في التوائم المتماثلة الناشئة عن انقسام بيضة مخصبة واحدة ، يضاف إلى ذلك إغفاله الإشارة إلى الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في المجالات الأخرى كالعلاج و غيره .

أما الاتجاه الرابع ففيه قصور في إدراك حقيقتها البيولوجية و معرفة ماهيتها الجينية لأن البصمة الوراثية تتأتى من تتابع معين من النيوكليوتيدات في جزئ الحمض النووي و ليس في الحمض الأميني كما أن تتابع القواعد النيتروجينية أو تتابع النيوكليوتيدات في الحامض النووي هو الذي يعطي الأمر للجين بإظهار الصفات الوراثية في الكائنات الحية و تكوين البروتينات في خلاياها و ليس الأحماض الأمينية .⁽¹⁾

و قد اقترح الدكتور سعد الدين مسعد هاللي تعريفا للبصمة الوراثية قال فيه : "هي تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه ، و يظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا و هي خاصة بكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب و في المسافة بين الخطوط العرضية تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب و تمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة) ."⁽²⁾

1- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 42 ، 43 و د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق ص 90.87

2 د/ سعد الدين مسعد هاللي مرجع سابق ص 35

و التعريف المقترح من طرف الدكتور سعد الدين مسعد هلالي يتضمن كل الخطوات التقنية لإظهار البصمة الوراثية و التي تبدأ بعملية عزل الحامض النووي من مصادره الحيوية بواسطة أنزيمات خاصة تقسم هذا الحامض النووي إلى مواقع قيد ، حيث يكون له تسلسل معين ثم بعد ذلك يتم تصنيف أجزاء الحامض النووي الذي تم الحصول عليه بهذه الطريقة بواسطة تقنية كهربائية تتمثل في أن يوضع على أطراف هلامية تحت مجال كهربائي للمحلول الذي يحمل أجزاء الحمض النووي ، و بطريقة خاصة يتم جعلها مرئية و يتم التمييز بين الأجزاء ووضع علامات على كل منها عن طريق مجسات جزئية ذات نشاط إشعاعي ، فيتكون عندئذ فيلم حساس أبيض و أسود يمكن أن تظهر منه الركيزة (التصوير الإشعاعي الذاتي) و ذلك بترك خطوط واضحة إلى حد ما و المقارنة من حيث العدد و المكان الخاص بصورتين إشعاعيتين يتيح الوصول إلى هوية مصدرها البيولوجي .⁽¹⁾

و البصمة الوراثية في جميع خلايا الجسم للشخص الواحد متطابقة و معنى ذلك أن البصمة الوراثية من خلايا كرات الدم البيضاء متطابقة مع البصمة الوراثية من أي خلية في أي جزء آخر من الجسم مثل الشعر و الجلد و العظام و متطابقة أيضا مع بصمة من أي سائل من سوائل الجسم مثل اللعاب و السائل المنوي و البول و العرق.⁽²⁾ يوجد نوعان من الاختلافات في DNA بين الناس هما التتابع متعدد الأشكال (Séquence Polymorphismes) و الذي يراد به الاختلاف في تتابع الأزواج القاعدية عند موقع معين من الجين و مثاله جزئان من الدنا ثنائي السلسلة هما مثلا :

AGCTCA ATCG
TCGAGTTAGC

AGATCA ATCG
TCTAGTTAGC

هذان الجزئان لهما نفس الطول و يمكن إدراك أن أي منهما مثل الآخر و لكنهما يبديان اختلافا بسيطا في تتابع الأزواج القاعدية عند القاعدة الثانية من اليسار .

و الطول متعدد الأشكال و يعني الاختلاف في طول جزء من الحامض النووي حسب عدد الأنماط و التتابعات المتكررة بين نهايتين محددتين و يمثل الشكل التالي ثلاث تتابعات متكررة و مترابطة من DNA تسمى الأنماط المتكررة .

AGCTCA ATCG – AGCTCA ATCG – AGCTCA ATCG.
TCGA GTTAGC- TCGAGTTAGC – TCGAGTTAGC.

و يمكن فحص نوعي الاختلاف DNA في المعامل الجنائية بواسطة تقنيات مختلفة مثل تقنية (DCE) (RFNP) وهذه التقنيات تتم بواسطة أنزيمات خاصة .⁽³⁾

1- د/ محمد لطفي عبد الفتاح ، القانون الجنائي و استخدامات التكنولوجيا الحيوية –دراسة مقارنة دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع طبعة 2010 ، ص 84.

2. - أ.د. عبد العزيز ابن عبد الرحمان الصالح: البصمة الوراثية - سلسلة الكتب العلمية الثقافية - مركز بحوث كلية العلوم جامعة الملك سعود طبعة 2007 ص 06 .

3-أ.د إبراهيم صادق الجندي و المقدم حسن حسني الحصري، تطبيقات البصمة الوراثية DNA في التحقيق و الطب الشرعي، الأكاديميون للنشر و التوزيع الأردن الطبعة الأولى 2014 ص 74 ، 75 .

المطلب الرابع : المعنى القانوني للبصمة الوراثية.

يصدره للقانون رقم 16. 03 المؤرخ في 14 رمضان 1437 الموافق ل 2016/06/11 يكون المشرع الجزائري قد خالف القاعدة المتعارف عليها في التشريع و التي تقضي بترك التعريفات للفقهاء القانونيين ، لكونه حاول من خلال المادة الثانية (02) من هذا القانون تحديد مفهوم بعض المصطلحات ، كالبصمة الوراثية و الحمض النووي و المناطق المشفرة و غير المشفرة و التحليل الوراثي و العينات البيولوجية و المقارنة .⁽¹⁾

مخالفاً بذلك التشريعات الغربية التي سبقته في هذا الشأن و التي تجنبت كلها الخوض في تعريف البصمة الوراثية ، تاركة هذا المجال للفقهاء القانونيين ، ففي فرنسا هناك من الفقهاء من عرف البصمة الوراثية بأنها : " الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين عن طريق إجراء التحليل الوراثي و تسمح بالتعرف على هوية الأفراد بيقين شبه تام ."⁽²⁾

و عرفها اتجاه آخر في الفقه الفرنسي بأنها : " معلومات خالصة تخص شخصا ما و التي تميزه عن غيره ، فهي وسيلة بيولوجية لتحديد شخصية الفرد و لهذا السبب فهي يمكن أن تعتبر معلومة شخصية تحدد الهوية و معلومة تتعلق بالصحة ."⁽³⁾ أما في مصر فقد عرفها د/ رمسيس بھنام بأنها : " المادة الحاملة للعوامل الوراثية و الجينات في الكائنات الحية ."⁽⁴⁾ و عرفها أيضا د/ أبو الوفا محمد أبو الوفا بأنها : " الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع ، و التي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض **DNA** الذي تحتوي عليه خلايا جسده ."⁽⁵⁾ أما الدكتورة عائشة سلطاني المرزوقي فعرفتھا قائلة : بأنها تعين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض **DNA** المتمركزة في نواة أي خلية من خلايا جسمه ."⁽⁶⁾ و من خلال ما سبق عرضه ، يبدو جليا أن المشرع الجزائري و بإقحام نفسه في تحديد مفهوم البصمة الوراثية يكون قد جانب الصواب أولا لأن مهمة تحديد المفاهيم من صميم صلاحية الفقه .

1- تنص المادة الثانية من القانون رقم 16-03 المؤرخ في : 2016/06/11 و المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية و التعرف على الأشخاص ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ : 2016/06/22 العدد 37 على :

يقصد في مفهوم هذا القانون ب :

. البصمة الوراثية : التسلسل في المنطقة غير مشفرة من الحمض النووي .

. الحمض النووي (الريبي منقوص الأكسجين) : تسلسل مجموعة من النيكلويدات تتكون كل واحدة منها من قاعدة أزوتية الأدينين (A) القوانين (G) السيتوزين (C) و الثيمين (T) و من سكر (ريبوز منقوص الأكسجين) و مجموعات فوسفات .

. المناطق المشفرة في الحمض النووي : مناطق من الحمض النووي تشفر لبروتين معين .

. المناطق غير مشفرة في الحمض النووي : مناطق من الحمض النووي لا تشفر لبروتين معين .

. التحليل الوراثي : مجموعة الخطوات التي تجري على العينات البيولوجية بهدف الحصول على بصمة وراثية .

. العينات البيولوجية : أنسجة و سوائل بيولوجية تسمح بالحصول على بصمة وراثية .

. المقارنة: هي المقارنة بين بصمتين وراثيتين .

2- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 47.

3- د/ عباس فاضل سعيد و د/ محمد عباس حمودي ، استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي مجلة الرافدين للحقوق المجلد (11) العدد 41 لسنة 2009 ، ص 286.

4- د/ رمسيس بھنام ، البوليس العلمي أو فن التحقيق منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة 1996 ، ص 150.

6- د/ أبو الوفا محمد أبو الوفا ، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، بحث قدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون الذي عقد بكلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة في الفترة ما بين 05 و 07 ماي 2002م المجلد الثاني ، ص 675.

5- د/ عائشة سلطان المرزوقي ، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة 2000م ، ص 305.

و ثانيا لأن القانون رقم 16 - 03 برمته يتعلق بالبصمة الوراثية و استعمالها في الإجراءات القضائية ، فكيف يسمح لنفسه باختزال قانون في فقرة من مواده ؟

أما عن التعريفات الفقهية فيمكن القول أنها جاءت عامة و لم تتمكن من تعريف البصمة الوراثية تعريفا دقيقا و يرجع السبب في ذلك إلى حداثة البصمة الوراثية من جهة و إلى تشعب مجالات استعمالها من جهة أخرى .

المطلب الخامس : مراحل اكتشاف البصمة الوراثية .

بعد أن تطرقنا إلى تأصيل البصمة الوراثية وتعريفها يتعين علينا التطرق إلى مراحل اكتشافها لأنها لم توجد من العدم أو كانت محض صدفة بل كانت نتاج تدرج مجهودات علمية حتى تم اكتشافها .

يعد البروفيسور البريطاني " أليك جيفري " **Alec Jeffreys** عالم الوراثة في جامعة ليستر ببريطانيا و فريقه العلمي أول من اكتشف خاصية الجزئية المميز في تركيبة البصمة الوراثية عام 1984.⁽¹⁾ و في سنة 1985 نشر هذا الفريق العلمي الذي كان يعمل تحت إشراف عالم الوراثة البريطاني أليك جيفري نتائج أبحاثه في المجلة البريطانية المشهورة (الحياة).⁽²⁾

و أوضح فيه بأنه بعد دراسته للحامض النووي لاحظ بعض التتابعات المنظمة و المحددة للحمض النووي و التي لا تعرف إلا وظيفة التكرار المنظم ، و بعد عام توصل إلى أن هذه التتابعات هي عبارة عن مناطق فرط التغير بين الجينات الموجودة على سلم **ADN** و هي تختلف في كل فرد عن غيره من حيث طولها و سمكها و موقعها على السلم ، ولا يمكن من الناحية الطبيعية وقوع تشابه بين اثنين إلا لتوأمين متطابقين و سجل أليك جيفري براءة اختراعه عام 1985 و أطلق عليها البصمة الوراثية تشبيها لها ببصمة الأصابع و سماها البعض بالطبعة الوراثية أو بصمة الجينات و البعض سماها بمحقق الهوية الأخير⁽³⁾.

1- د. عوض عبد التواب : الطب الشرعي و التحقيق الجنائي ، دار المعرفة ، القاهرة مصر 1987 ص 302.

2- Alain Buquet –Manuel de criminalistique moderne et de police scientifique .PUF 4^{eme} édition aout 2008 p 174.

3- د. عبد الرحمن خلفي : دور الهندسة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي ، بحث منشور ضمن مجموعة من البحوث في مؤلفة الموسم بأبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن ، نظرة حديثة للسياسة الجنائية ، دار الهدى عين مليلة الجزائر طبعة 2014 ص 66.67

و كان ذلك بمناسبة قضية تتعلق بهجرة شاب غاني كان يرغب في الالتحاق بوالدته المقيمة في بريطانيا لكن مصالح الهجرة البريطانية رفضت طلبه و حرمته من الالتحاق بوالدته لأن الاختبارات العادية للمجموعات الدموية لم تتمكن من تأكيد أن الشاب يعتبر فعلا ابن هذه المرأة.

لكن تحليل البصمة الوراثية تمكن من إثبات النسب بين الشاب الغاني و المرأة المقيمة في بريطانيا و هكذا رخص لهذا الشاب الغاني الالتحاق بوالدته و كانت هذه هي المرة الأولى التي تستعمل فيها الشرطة البريطانية التقنية الحديثة (البصمة الوراثية) لتحديد هوية الأشخاص ، منذ هذه القضية أصبحت البصمة الوراثية من التقنيات الفعالة التي تستعمل في تحديد هوية الأشخاص انطلاقا من السوائل البيولوجية المتواجدة (اللعاب و الدم و المني) و كما استعملت تقنية البصمة الوراثية في قضية جنائية توبع فيها **Colin Pitchfork** المقيم بمدينة ليستر و الذي قام بقتل فتاتين **Davin Asnworth , Lynda Mann** 1983 و 1986 هذه القضية عرفت تحت قضية **(Meurtres de narborough)** و قد نال العالم أليك جيفري نجاحا باهرا و شهرة عالمية كبيرة بعد تمكنه من حل طلاس هذه القضية المعقدة.⁽¹⁾

فاجأ أليك جيفري العالم باكتشافه للسماوات الوراثية ، ليعرفنا من أنا و من أنت و من هم الآخرون ؟ و ذلك بما تحمله من جينات أو بمعنى أدق بصمة الجينات الوراثية.

1 _ Alain Buquet – manuel de criminalistique moderne op . cite p 175.

فقد تمكن أليك جيفري¹ من اكتشاف اختلافات في التركيب الوراثي لمنطقة الأنترون (**intron**) التي ينفرد بها كل شخص تماما و يورث ، فالطفل يحصل على نصف هذه الاختلافات من الأم و على النصف الآخر من الأب ، ليكون مزيجا وراثيا جديدا يجمع بين خصائص الوالدين و خصائص مستودع وراثي متسع من قدامى الأسلاف ، وقد وجد أيضا أن اختلافات التركيب الوراثي تتغير باختلاف الأنماط الجغرافية للجنينات في شعوب العالم و على سبيل المثال يختلف الآسيويون (**الجنس الأصفر أو المغولي عن الأفارقة**)⁽¹⁾ و لما كانت هذه الصفات ينفرد بها كل شخص تماما مثل بصمة الأصبع ، فقد أطلق على هذه التتابعات اسم البصمة الوراثية حيث تبين أن الصفات الوراثية على الحمض النووي و الموروثة من الأم و الأب مناصفة يبدأ الحمض النووي ينقلها بكل أمانة للأبناء فجميع الأشخاص يرثون نصف صفاتهم الوراثية من الآباء و النصف الآخر من الأمهات. وقد دلت الاكتشافات الطبية أنه يوجد بداخل النواة التي تستقر في خلية الإنسان (46) من الصبغيات (**الكروموسومات**) و هي 23 كروموسوما يرثها من أبيه عن طريق الحيوان المنوي و النصف الآخر هي (23) كروموسوما يرثها من أمه بواسطة البويضة ، و كل واحد من هذه الكروموسومات و التي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم **DNA** ذات شقين حيث يرث شقا منها من أبيه و الشق الآخر من أمه فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه و لا مع أمه و إنما جاءت خليطا منهما و بهذا الاختلاط اكتسب صفة الاستقلالية عن كل كروموسومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه.

1- د. ناصر عبد الله الميمان ، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب ، البحث السابق الإشارة إليه .ص180

إن اكتشاف البصمة الوراثية لم يأتي دفعة واحدة ، بل جاءت عبر تدرج علمي و تسلسل منطقي ، إذ عرف العلماء المتخصصون أن ذات الإنسان كجسم هو عبارة عن خلية بداخلها نواة مسؤولة عن حياة الخلية ومن ثم معرفة ما بداخل النواة ، حيث وجد أنها تحتضن الصبغيات أو (الكروموسومات) التي تقع في شكل شريط مرتب عليه حوالي مائة ألف جين تشبه شكل الخرز على الخيط ، ثم توصل إلى معرفة أن الجين الواحد يتكون من أربعة عناصر متضافرة و رغم ما توصل إليه العلماء إلا أنهم اقرروا بكل صراحة أنهم لم يكتشفوا إلا واحد بالمائة⁽¹⁾ من أسرار هذا العلم الفريد من نوعه كأبرز اكتشافات العصر الحديث في المجالين العلمي و الطبي، وهكذا يمكن إنجاز مراحل تكوين البصمة الوراثية و اكتشافها كمايلي :

أ. الخلية و النواة : Cell :

هي الوحدة التركيبية الوظيفية لجميع الكائنات الحية ، و الخلية أصغر و وحدات الحياة إذ يبلغ قطرها حوالي 10/1 من قطر الشعرة ، و يتألف جسم الإنسان البالغ من حوالي خمسين ألف بليون خلية تقريبا و تمتاز خلايا الجسم البشري ما عدا خلايا كريات الدم الحمراء باحتوائها على جسم صغير محدد غالبا ما يكون كروي الشكل يسمى النواة و يحيط بها السيتوبلازم ، و النواة هي مركز نظام الخلية و تكمن فيها الشفرات الوراثية منظمة في تراكيب مادية هي الكروموسومات ، أما السيتوبلازم فيحتوي على تراكيب دقيقة تسمى عصبات الخلية مثل الريبوسومات الميتوكوندريات الليسوسومات ، و تختلف الخلايا عن بعضها حسب موقعها في الجسم و حسب وظيفتها ، فهناك الخلايا العصبية و العضلية و العظمية و غير ذلك من خلايا الأنسجة المختلفة و جميع الخلايا المكونة للجسم البشري نسخة من خلية واحدة (الزيكوت) ناتجة عن اندماج الحيوان المنوي مع البويضة.⁽²⁾

1- د/ سعد الدين مسعد هلال مرجع سابق ص 27 و صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي الطبعة الأولى 2013 منشورات زين الحقوقية ، ص 76-78.

2- أ.د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصري ، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية D.N.A في التحقيق و الطب الشرعي مرجع سابق . ص 39 . 43

و الخلية هي الوحدة البنائية و الوظيفية لكل الكائنات الحية فهي بمثابة الأجر (**BRIQUES**) في العمارة و الخلية في حد ذاتها تشكل نطاقا قائما بذاته يتكون من عضيات و نواة. ⁽¹⁾

ب. مرحلة اكتشاف الصبغيات و الكروموسومات داخل النواة و تكاثرها :

الكروموسوم عبارة عن تركيب كيميائي يوجد في نواة الخلية، يتكون من سلسلتين من الحمض النووي D.N.A ملتفتين حول بعضهما البعض بشكل حلزوني و الحمض النووي D.N.A و أنواع معينة من البروتينات تسمى الهستونات ، و يمتاز الكروموسوم بتنظيم خاص و له سمات متميزة ووظائف خاصة و هو يحمل الجينات و بذلك فهو مركز الشفرات الوراثية و هو قادر على التكاثر الذاتي و الاحتفاظ بخصائصه المظهرية و الوظيفية عبر مراحل الانقسامات الخلوية المتعاقبة.

و توجد الكروموسومات في النواة على شكل أزواج تأخذ أشكال ثلاثة اعتمادا على موقع الجزء المركزي هي: كروموسومات و سطية الجزء المركزي (**Metacetric**) ، و كروموسومات طرفية الجزء المركزي (**Submetacentrice**) و هي كروموسومات غير متساوية الذراعين و كروموسومات طرفية الجزء المركزي (**Acrocentrique**)، و هي تبدو عضوية الشكل حيث تحتل الجزء المركزي فيها موقعا قريبا من أحد طرفي الكروموسوم و تختلف عدد الكروموسومات على حسب الكائنات الحية ، ولكن خلايا النوع الواحد من الكائنات الحية تحتوي على عدد ثابت من الكروموسومات . فالقط مثلا يحتوي على ثمانية وثلاثون (38) كروموسوم و للفأر 40 كروموسوم ، أما الكلب فله ثمانية و سبعون (78) كروموسوما.

1-Raphaël coquez et Franco taroni- preuve par L'ADN la génétique au service de la justice -presses polytechniques et universitaire remandre deuxième édition p1.

أي أن لكل كائن حي العدد الخاص به من هذه الكروموسومات و العدد الكروموسومي الفعلي في نواة خلايا الجسم البشري هو 46 كروموسوم (أي 23 زوج) منها 22 زوجا (44 كورموسوما) متماثلة في كل من الذكر و الأنثى تسمى الكروموسومات الجسدية ، و الزوج رقم 23 يختلف في الذكر عن الأنثى و تحتوي المعلومات التي تحتوي الجنس و تسمى بالكروموسومات الجنسية و يرمز في الذكر بالحرفين (XY) و في الأنثى بالحرفين (XX) ⁽¹⁾ و كل شخص لديه نسختان من كل كروموسوم (الكروموسوم ونظيره) أحدهما يأتي من الأب و الآخر من الأم ، كل المعلومات الجينية للفرد توجد بـ 23 كروموسوم المشار إليه أعلاه و خلايا الإنسان تحتوي على نسختين من المعلومات الجينية ⁽²⁾.

ج- الجينات المنظوية على خيوط الصبغيات أو الكروموزومات:

مع التطور التقني و ظهور المجهر بأنواعه المختلفة اكتشف العلماء من خلاله أن شريط أو خيط الصبغيات أو الكروموسومات يتكون من سلسلتين تلتفان حول بعضهما البعض بشكل حلزوني باتجاه عقارب الساعة حول محور واحد ، و تكونان لولبا مزدوجا على شكل شريط كاسيت طوله ألفان و ثمان مائة كم (2800 كم) ، هذا الحمض موجود بكل خلايا الجسم ماعدا كريات الدم الحمراء و هو متطابق في كل الخلايا و لا يتغير أثناء الحياة و يترتب على هذا الحمض حوالي مائة ألف جين (100000) منظومة كالخرز على الخيط ، و لوحظ أن الألوفا من الجينات الموجودة بالخلية لا تعمل كلها ، بل أن ما يعمل منها عدد محدود من كل خلية بحسب حاجة الخلية و تركيبها كما وجد الباحثون أن 20% من الجينات تقريبا تعمل في كل خلايا الجسم لأنها تقوم بالوظائف الحيوية المهمة للخلية ، فيما تختلف النسبة الباقية 80% بحسب الوظيفة و الموقع و الزمن و هذه الجينات هي التي تتحكم في الصفات الوراثية من طول الجسم و قصره و شكله أو لونه ، بل و نبرة الصوت و لون العين ، و كذا الإصابة بالمرض الوراثي ⁽³⁾.

1. أ.د إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسن الحسني مرجع سابق ، ص 43 - 46.

2 - 23 p cite p 24 - 23. Raphael coquoz. franco taroni o p

3- د/ سعد الدين مسعد الهلالي ، مرجع سابق ، ص 30.

د . مكونات الجين :

ظهرت كلمة جين لأول مرة عام 1909 و في سنة 1910 نشر أول برهان على وجود موقع محدد لجين معين على كروموزوم معين ، ثم ظهرت عام 1913 خريطة وراثية و كانت تبين المواقع النسبية لستة جينات على كروموزوم واحد ثم زيادة النظم التجريبية و التقنيات تغير خلال ثلاثة أرباع القرن مفهوم الجين ، و يعتزم العلماء الآن وضع خريطة في غاية التعقيد لجينات الإنسان التي تتراوح في كل خلية ما بين الخمسين إلى مائة ألف في مشروع الجينوم البشري⁽¹⁾ و في سنة 1953 اكتشف العالمان جيمس واطسن و فرانسيس كريك مكونات الجين و حصلوا بذلك على جائزة نوبل للعلوم ، حين أثبتنا أن جزيء D.N.A يتكون من جدليتين مكونتين من التفاف سلسلتين من عديد النيكليوتيدات (تتكون حلقة النيكليوتيد من زمرة مؤلفة من الفوسفات و السكر و أساس نووي ، و الهيكلية المكررة لهذه الحلقة هي التي تؤمن خصوصية الأحماض النووية في الخلايا البيولوجية ، و هي التي تؤمن بصورة خاصة تخزين المعلومات الوراثية المتعلقة بالشخص) ، و في بداية الستينات من القرن الماضي أوضح العالمان نيربرغ و كورانا أن تتابع الأسس على جديلة من D.N.A هو المسؤول عن خصوصية معلومات و سلسلة البروتينات و من هنا جاءت القاعدة التي تقول : جينة واحدة ، بروتين واحد و ساعدهما هذا الاكتشاف على إثبات أن الرمز الوراثي أو الشفرة الوراثية le code (généétique) يعمل من خلال كودونات مكونة من ثلاثة نيكليوتيدات متتابعة و خاصة حمض أميني معين .⁽²⁾

1- د/ سعد الدين مسعد ال هلاي ، مرجع سابق ، ص 31.

2- د/ فوار صالح حجية البصمات الوراثية في الإثبات دراسة قانونية مقارنة ، بحث منشور في كتاب علماء مكرمون ، محمد عزيز شكري بحوث و مقالات مهداة إليه دار الفكر -آفاق معرفة متجددة طبعة 2007 ص 201-203.

و - مرحلة التحول من الجين إلى البصمة الوراثية :

إن تسلسل القواعد الأمينية على جزيء حمض الدنا يختلف من شخص لآخر ، خاصة وأن عددها مليارات على كل شريط من هذا الحمض النووي ، واحتمال تطابق تسلسلها على هذا الحمض في شخصين غير وارد كما في حالة بصمة الأصابع التي تتكون من خطوط و لكنها لا تتطابق في شخصين.⁽¹⁾

و على الرغم من أن البشر يشتركون في الجينوم الإنساني و جينات السمات المعنية لكون العين و طول القامة و كثافة الشعر أو غيرها تأخذ الموقع نفسه على الكروموزوم و إن تباينت دلالتها وتاليا على الرغم من هذا التطابق الهائل بين جميع البشر فإن تفرد شخص بذاته بما يميزه عن سائر الخلق يكمن في حوالي اثنين إلى عشرة ملايين من بين ثلاثة ملايين من الوحدات القاعدية التي تكون الجينوم⁽²⁾

ي- مرحلة الوراثة و محقق الهوية الأخير:

لقد حاول العلماء إيجاد أدلة قطعية تعتمد على المادة و تحليلها تستخدم في القضايا الجزائية و نزاعات الأبوة و الأمومة غير تلك الأدلة التقليدية التي تعتمد على الشهادة و القرائن خاصة بعد أن خربت الدم في الكيد بالآخرين وانتشار شهادة الزور ، وبعد أن تمكن العلماء من التوصل إلى بصمة **DNA** الذي هو محقق الهوية الأخير ، والذي يحتوي على كل الخصائص الأساسية المطلوبة⁽³⁾ خاصة و أنه يتحمل الظروف البيئية المحيطة بارتفاع درجة الحرارة ، حيث يمكن عمل البصمة الوراثية من التلوثات المنوية أو الدموية الجافة و التي مضى وقت طويل عليها كما يمكن عملها كذلك من بقايا العظام و خصوصا عظام الإنسان و كذلك الشعر و الجلد.⁽⁴⁾

1- المقدم د/ بدر خالد الخليفة ، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة الطبعة الأولى الكويت 1999 ص 179.

2- د/ صبري محمد خاطر ، القانون و الجين البشري ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثالث دار الحكمة بغداد 2001 ص 80.

3- د/ سعد الدين مسعد الهلاي ، مرجع سابق ص 34.

4- د/ أريك الأنادر ، الشفرة الوراثية للإنسان بحث العلم و القانون ومحقق الهوية الأخيرة ترجمة د/ أحمد مستجير - سلسلة كت عالم المعرفة الكويت 1997 ص 212 و ما بعدها.

و امتد تحليل البصمة الوراثية ليشمل المومياءات و تمكن من نسب هوية المومياء (الملكة المصرية حتشيسوت) و تشير أن أول من أطلق اصطلاح محقق الهوية الأخير على البصمة الوراثية هو العالم أريك لاندز و هكذا وبعد التوضيح السابق للحامض النووي DNA ومكونات الجين ، اقترح د/ سعد الدين هلاي تعريف البصمة الوراثية قال فيه بأن البصمة الوراثية هي : تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه ، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية متسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا ، وهي خاصة بكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب وفي المسافة بين الخطوط العرضية ، تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء) ويمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة) ووسيلة هذا التحليل أجهزة ذات تقنية عالية يسهل على المتدرب قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر حين الحاجة إليها.

و لم يلقى هذا الكشف في بداية عهده القبول و الترحاب ، بل استنكره الناس في أمريكا و أوروبا و رفضوا التسليم بنتائجه في منازعاتهم لكنه وبعد التسهيلات التي قدمتها شركات البصمة الوراثية و تحلي الأطباء بالصبر و التريث و توعية الناس بحقيقة البصمة الوراثية انتشر العمل بها و الاحتكام إليها .⁽¹⁾

المبحث الثاني: تمييز البصمة الوراثية عن المصطلحات الأخرى.

استمرارا ومواصلة لتحديد مفهوم البصمة الوراثية، سأقوم في هذا المبحث بتمييز البصمة الوراثية عن بعض المصطلحات التي تبدو وللهولة الأولى مشابة لها سواء من حيث اللفظ أو الاستخدام الأمر الذي يحتم علينا تحديد مفهومها لإظهار الفرق بينها وبين البصمة الوراثية وسأقتصر في هذا المبحث على القيافة والبصمات الظاهرة كبصمات الأصابع وطبعات الشفاه وغيرها وذلك من خلال المطالبين التاليين:

.المطلب الأول: تمييز البصمة الوراثية عن القيافة.

.المطلب الثاني: تمييز البصمة الوراثية عن البصمات الأخرى.

.المطلب الأول: تمييز البصمة الوراثية عن القيافة:

حتى يتسنى لنا التمييز بين البصمة الوراثية والقيافة ، سوف أتناول دراسة هذا المطلب من خلال فرعين . أعرض في أولهما لتعريف القيافة في اللغة والاصطلاح، وأتناول في الفرع الثاني الفرق بينهما.

الفرع الأول: مفهوم القيافة:

كانت للقيافة مكانتها عند العرب قبل الإسلام، فكانوا يعتمدون عليها في إثبات النسب في حالة النزاع، ولما جاء الإسلام لم يهمل هذه الوسيلة في إثبات النسب بل وعول عليها في بعض الحالات التي تنعدم فيها البينة،(شهادة الشهود أو الإقرار) .⁽¹⁾

1- المحامي حسام الأحمد . مرجع سابق ص 1

2- 1. د/ أشرف عبد الرزاق ويح . موقع البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب الشرعية . دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2006 . ص

وحتى يمكن الوقوف على حقيقتها نتولى تعريفها في اللغة والاصطلاح .

أولاً: المعنى اللغوي للقيافة.

القيافة لغة مصدر قاف بمعنى تتبع أثره ليعرفه والقافة جمع قائف وهو الذي يتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبيه الشخص بأبيه أو أخيه.

وفي لسان العرب أن القائف هو الذي يتتبع الأثر ويعرف شبيه الرجل بأبيه وأخيه.⁽¹⁾

وقاف أثره بمعنى تبعه كقفاه واقتفاه وهو أقوفهم ، وتقيف أثره تتبعه ، والقيافة هي تتبع الأثر والجمع قافة.⁽²⁾ تطلق القيافة في اللغة ويراد بها أحد معنيين ، قيافة الأثر أو قيافة البشر.⁽³⁾

ثانياً: المعنى الإصطلاحي للقيافة .

أورد الفقهاء عدة تعريفات لها وقد عرفها ابن رشد من المالكية بأن القافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس.⁽⁴⁾

. وعرفها ابن قدامة: بأنهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه .⁽⁵⁾

. وعرف ابن حزم القافة : بأنهم الجماعة الذين يعرفون الشبه والأثر .⁽⁶⁾

- وعرفها السيد الشريف الجرجاني : القائف هو الذي يعرف النسب بفراسته.⁽⁷⁾ ونظره إلى أعضاء المولود.

وبالنظر في هذه التعريفات نجد أنها متقاربة ولا تبتعد كثيراً عن المعنى اللغوي ، وتفيد جميعها أن القيافة هي معرفة النسب عند الاشتباه بالفراسة والنظر ، وبما خصه الله تعالى به من علم ذلك وإلحاق النسب بأهله.⁽⁸⁾ ولهذا قال الدكتور خليفة علي الكعبي وهو محق في ذلك أن كلا التعريفين بينهما عموم وخصوص مطلقاً.

1 . جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور . لسان العرب ، دار صابر بيروت الطبعة الثالثة 1994 مادة (قوف) .

2 . انظر قواميس اللغة: لسان العرب 349/11 القاموس المحيط 1187/2 المنجد في اللغة والإعلام ص 666 المعجم الوجيز ص 520.

3. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة . وسائل إثبات النسب بين القدم والمعاصر . دار الفكر الجامعي . الإسكندرية. طبعة 2010 ص 20 . 21.

4- بداية المجتهد ونهاية المقتصد 309/2

5- المغني لابن قدامة 15./6

6- المحلى لابن حزم 203/11

7- السيد الشريف الجرجاني - التعريفات . دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى 1973 ص 171.

8- الموسوعة الفقهية الكويتية - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . الكويت . الطبعة الأولى 1995 الجزء 32 ص 77 .

المطلب الثاني: مقارنة بين البصمة الوراثية والقيافة:

بعد العرض السابق لمفهوم القيافة في اللغة والاصطلاح ، واستنادا لما سبق شرحه في بيان ماهية البصمة الوراثية . نستنتج أن مساحة الاختلاف بينهما واسعة جدا سواء من حيث الطبيعة البنائية وطريقة الإثبات أو في مجالات الاستخدام.

فمن الناحية البنائية : فإن البصمة الوراثية من طبيعة حيوية بيولوجية وذات نمط وراثي يستمد من أبويه مناصفة لحظة الإخصاب ، كما أنها تمثل وجودا حقيقيا في جميع أجزاء الإنسان وفي كل خلية من خلاياه .
بينما القيافة: ليست من تلك الطبيعة ولا تمثل ذلك الوجود في أجزاء الإنسان وإنما هي من طبيعة ذهنية متمثلة في حدة بصر القائف وقوة فراسته في معرفة الأوصاف عند التنازع لذلك توصف القيافة بأنها عملية بدائية قديمة تقوم على الاجتهاد والفراصة وهي مبنية على غلبة الظن والخطأ فيها وارد بينما تقوم البصمة الوراثية على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية .

أما من الناحية الوظيفية: فإن البصمة الوراثية تستخدم في مجالات متعددة كإثبات النسب والتعرف على الشخصية وفي التحقيقات وإثبات الجرائم الجنائية ، كما يمكن إعمالها في البحوث العلمية والكشف عن الأمراض الوراثية ، بينما يقتصر دور القيافة في إثبات النسب وحتى في هذه الحالة فإن الاتفاق بينها وبين البصمة الوراثية غير مكتمل لأن الطريقة المتبعة لكليهما في إثباته مختلفة تماما. ⁽¹⁾

1- للإطلاع أكثر على التمييز بين البصمة الوراثية و القيافة راجع كل من د/عبد الرحمان أحمد الرفاعي مرجع سابق ص 75-76 و د/حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق ص 122-123 و د/خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 254-255.

3- المطلب الثالث: تمييز البصمة الوراثية عن البصمات الظاهرة الأخرى .

مما لا شك فيه أنه وبعد أن رسخت الأسس العلمية لعلم البصمات من طرف الهيئات العلمية و المؤتمرات الدولية المختلفة.⁽¹⁾ أخذت البصمات في الازدياد و التوسع، بعد أن ظلت لفترة طويلة قاصرة على بصمات الأصابع و الأقدام، فأصبح اليوم لكل عضو من جسم الإنسان بصمة خاصة به، فهناك بصمة العين و الأذن و الصوت و الرائحة و الشفاه. و سوف أقسم هذا المطلب إلى فرعين أخصص الفرع الأول منهما لتعداد أنواع البصمات الجسدية وأما الفرع الثاني فسأخصصه للتمييز بين البصمات الجسدية و البصمة الوراثية .

الفرع الأول: أنواع البصمات الجسدية:

تقوم البصمات الجسدية بمختلف أنواعها على أسس علمية واحدة تتمثل في عدم انطباقها و ثباتها و عدم تأثرها بالوراثة و الأصل ، أن البصمات الجسدية في ازدياد و توسع بشكل أصبح كل عضو في جسم الإنسان يشكل بصمة قائمة بذاتها وهكذا أصبح للأصبع بصمة و للقدم بصمة وللشفاه بصمة وللأسنان بصمة وللأذن بصمة وتسمى هذه البصمات بالبصمات الظاهرة بالإضافة إلى البصمات غير الظاهرة كبصمات الصوت والرائحة وغيرهما ، وهكذا نتولى في هذا الفرع دراسة هذه الأنواع من البصمات كمايلي:

أولاً: بصمة الأصابع: لقد أشار القرآن الكريم إلى حقيقة اختلاف البشر في بصمات الأصابع في قوله تعالى : «
أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يَجْمَعَ عِظَامُهُ (3) بَلَى قَادِرِينَ عَلَى أَنْ نُسَوِّيَ بَنَانَهُ (4) »⁽²⁾

و يرجع استخدام البصمات كدليل علمي له حجته القاطعة في إثبات الشخصية إلى أوائل القرن التاسع عشر، بعد أن أكدت الدراسات و الأبحاث الأسس العلمية المميزة لها.

و البصمة عبارة عن تلك الخطوط البارزة **Ridges** التي تحاذيها خطوط أخرى منخفضة والتي تتخذ أشكالا مختلفة على جلد أصابع اليدين والكعبين من الداخل و على أصابع و باطن القدمين ، ويتم تشكيل بصمة الأصابع في الجنين في الشهر الرابع و تظل بصمة الإنسان ثابتة ومميزة له طيلة حياته و حتى بعد وفاته.⁽³⁾

1- للإطلاع وبإسهاب علي الأسس العلمية التي تقوم عليها مختلف أنواع البصمات راجع ، أسامة الصغير ، البصمات وسائل فحصها و حجيتها في الإثبات الجنائي ، دار الفكر و القانون طبعة 2007 ص 24 إلى 30 .

2- سورة القيامة الآية 3 و 4.

3- د/ محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي و استخدامات التكنولوجيا الحيوية، دراسة مقارنة مرجع سابق ص 101.

و تختلف بصمة الرجل عن بصمة المرأة، ففي الرجل يكون قطر الخطوط أكبر منه عند المرأة بينما تتميز بصمة المرأة بالدقة و عدم وجود تشوهات تقاطعية و يتم مضاهاة بصمات الأصابع بمقارنتها من حيث التقسيم الابتدائي فإذا إتحدت في ذلك تجرى عملية المقارنة في التقسيمات الفرعية، فإذا إتحدت في ذلك أيضا يتم المضاهاة على أساس نوع و عدد و موضع النقاط المميزة و يتم رفع البصمات المتواجدة بمسرح الجريمة بالتصوير أو بإظهارها عن طريق استعمال المساحيق الكيميائية أو تستعمل الأشعة فوق البنفسجية لإظهارها عند عدم وضوحها، و يتم حفظ البصمات وفق طرق عديدة منها طريقة هنري و طريقة توسبيس.⁽¹⁾

و لذلك شكلت بصمة الأصابع و راحة اليدين و القدمين العمود الفقري لإدارات و أقسام تحقيق الشخصية في كل دول العالم و اعتبرت كذلك الوسيلة الفعالة في تحقيق الشخصية سواء في المسائل المدنية أو الجنائية ، لذلك نصت عليها القوانين الوضعية و أخذت بها كوسيلة من وسائل الإثبات ، لكن وبعد أن تمكن المجرمون المحترفون من العبث بها و بمصادقيتها في الإثبات ، بدأت الجهود العلمية تسعى إلى البحث عن تقنيات حديثة للاستعانة بها للكشف عن الجريمة والمجرمين.

ثانيا : بصمات الأقدام:

تعتبر بصمات الأقدام من الأدلة المادية ، ويعتبر فحصها للتعرف على هوية صاحبها من الفنون القديمة قدم الحضارة نفسها.

وأثر القدم هو الشكل الذي تظهر به طبعة قدم عارية أو طبعة قدم محتذية ، تعتبر هذه الأدلة ذات فائدة كبيرة في التحقيق لا تقل أهمية عن بصمات الأصابع وراحت الأيدي لأنها تحوي خطوط البصمة الحلمية البارزة والغائرة .

1- د/ حسني محمود عبد الدائم ،البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات . مرجع سابق ص 132 . 133 .

ويستند التعرف على بصمة القدم أو الحذاء على نوعين من الخواص: خواص مشتركة لكل البصمات وخواص فردية ، فالأولى كالحجم والمقاس ضروريان لكنهما غير كافيان للتعرف الإيجابي إلا أنهما يفيدان في استبعاد المشتبه بهم ، والثانية الخواص الفردية كالثبات ، الأصابع الزائدة والناقصة ، الخطوط المميزة وفي حالة بصمات الأحذية يجب البحث عن علامات الاستخدام.⁽¹⁾

وتقسم القدم فنيا إلى :

مقدمة القدم: وهي منطقة أصابع القدم الخمسة ، وهي الإبهام والسبابة والوسطى والبنصر والخنصر اليمنى واليسرى.

منطقة باطن القدم: وهي المنطقة التي تقع أسفل بصمات الأصابع الخمسة إلى منتصف القدم.

نهاية القدم: وهي منطقة مؤخرة القدم أو ما يسمى بالكعب .⁽²⁾

ولا توجد طريقة محددة لحفظ بصمات آثار الأقدام ، الأمر الذي حذا بمؤتمر الحلقة الدراسية الدولية لمناقشة البصمات إلى الإقرار بأن آثار الأقدام وإن كانت وسيلة ناجحة في الإرشاد عن الجناة والحوادث إلا أنه ليس من اللازم إعداد أرشيف خاص بها ، ولكل دولة أن تضع من القواعد ماتراه مناسبا للاستفادة من هذه الآثار . ويعزى السبب في هذا الإقرار المنوه عنه أعلاه إلى ندرة العثور على آثار الأقدام في مسرح الجريمة ، ورغم ذلك يمكن الاستفادة من آثار الأقدام في الجوانب العلمية والتوثيقية .⁽³⁾

1- د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية . البصمات وآثارها في الإثبات الجنائي . دار الجامعة الجديدة طبعة 2011 ص 162 . 163 .

2- د/ ضياء الدين حسن فرحات . البصمات . دار المعارف . طبعة 2005 ص 119 . 120 .

3- د/ حسن محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 134 .

ثالثا : بصمة الأذن.

يمكن تعريف بصمة الأذن بأنها : العلامات الظاهرة و النقط المميزة في الأذن و التي لا تتكرر في الأشخاص.⁽¹⁾ وقيل⁽²⁾ أن بصمة الأذن تأتي في المرتبة التالية مباشرة بعد بصمات الأصابع كوسيلة من وسائل التعرف على الشخصية باعتبارها من أكثر أعضاء الجسم تعبيراً عن شخصية الفرد لأن شكلها ثابت لا يتغير من الميلاد إلى الوفاة، و قد ثبت أنه لا تتشابه بصمة الأذن بين شخصين على وجه الأرض كما أنه لا يتفق على مستوى الفرد الواحد وتتم عملية المضاهاة في بصمة الأذن بعد تحديد صورتها وبيان رسم الخطوط المطلوبة، ثم تلصق على نموذج الاستعراف الذي يتبين منه أوصاف الأذن من حيث الشكل والمقاييس البشرية .

ويعود عدم انتشار استعمال بصمة الأذن في الكشف عن الجريمة إلى انعدام استعمالها بطريق مباشر في تنفيذ الجريمة، لأن دور الأذن يتوقف على محاولة استراق السمع و لكن في حال العثور عليها في مسرح الجريمة يتم رفعها على شرائح من الزجاج ثم يتم تطويرها و تجري المقارنة على أساس شكل الأذن بحيث تشكل المقارنة النقط المميزة التي أشار إليها العالم الفرنسي (برتليون) (شكل الصوان و الحلمة و التبيهاة و الحواس).

ونشير أنه تم إنشاء أول بنك معلومات لبصمات الأذن في العالم في بريطانيا عقب نجاح الشرطة البريطانية في القبض على متهم بالقتل عن طريق بصمات أذنه وإدانته قضائياً بعد ثبوت الأدلة عليه ، وذكر البوليس أن بصمات الأذن يمكن أن تستخدم مثل بصمات الأصابع في الربط بين المشتبه فيهم وبين مكان الجريمة وواضح أن حوالي 1200 صورة لبصمات الأذن دخلت بنك معلومات متخصص في مركز التحقيقات الجنائية في منطقة دورام البريطانية.⁽³⁾

1-د/ حسني محمود عبد الدائم نفس المرجع ص 135.

2-أ.أسامة الصغير. البصمات ووسائل فحصها و حجيتها في الإثبات الجنائي . مرجع سابق ص 59.

3- د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية. مرجع سابق ص 299 - 300

رابعاً : بصمة العين:

يرجع الأساس العلمي الذي تركز عليه بصمة العيون ، كما يقول سيد سيف أستاذ الطب و الجراحة. " إلى أن العين تتكون أساساً من ثلاث طبقات أهمها الطبقة الحساسة و هي الشبكية التي تحيطها طبقة مغذية تتكون من المسيمة و الجسم الهدبي و القرنية التي تأخذ شكل قرص مستدير يوجد في منتصفه فتحة يدخل منها الضوء تسمى الحدقة و هي تعتبر المكون الرئيسي لبصمة العين ، و تتكون من ثلاث مناطق أولها منطقة داخلية بها خطوط غائرة تشبه الخطوط الموجودة في كف اليد من الداخل و ثانيهما منطقة متوسطة ملساء أما الثالثة فهي المنطقة الخارجية و بها فتحات صغيرة على شكل دوائر ، كما يوجد بالقرنية تغيرات لونية حسب كمية الصبغيات بها ، و هذه التغيرات هي المسؤولة عن تحديد لون القرنية و بالتالي العين فإذا كانت بكمية كبيرة فالقرنية تكون سوداء و إذا كانت متوسطة يكون بلون بني غامق و صورة القرنية بمكوناتها السابقة تختلف من شخص لآخر ، و لم يثبت عملياً إمكان تكرارها و لكونها مغطاة و هناك مسافة تفصلها عن القرنية لذلك يستحيل العبث بها و إلا تعرضت القرنية للتدمير بعكس بصمة اليد التي يمكن أن تتأثر بالإصابات السطحية أو الجروح و العمليات و الحروق ، و من ثم تصلح بصمة العين كأساس سليم للتحقيق من الشخصية ، لكونها تحافظ على ثباتها منذ ميلاد الإنسان إلى وفاته ولا تتأثر بالعدسات اللاصقة أو النظارات الطبية كما أنها لا تتأثر بالبيئة ".⁽¹⁾

ويتم رفع بصمة العين عن طريق النظر في عدسة جهاز تم تصميمه خصيصاً لهذا الغرض الذي يقوم بدوره بالتقاط صورة لشبكية العين، وعند الاشتباه في أي شخص يتم الضغط على زر معين بالجهاز فتتم مقارنة صورته بالصورة المختزنة في ذاكرة الجهاز وتتم هذه العملية كلها في ظرف ثانية ونصف.

ورغم ذلك لم يتم استخدام بصمة العين كدليل يعتمد عليه في الإثبات أو في الكشف عن الجرائم لذلك لا تتمتع بأية حجية في القانون ، لأن المجرم لا يترك بصمة عينه في مسرح الجريمة لذلك فإن استعمالها كدليل جنائي يبقى غير وارد .

1-أ/ محافظي محفوظ البصمات كدليل علمي وحجيتها في الإثبات الجنائي . مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة الجزائر 01 السنة الجامعية 2011 . 2012 ص 36.

أما في مجال التحقيق والكشف عن الهوية فإن بصمة العين لها نفس الدرجة من الأهمية التي تحتلها بصمة الأصابع وهذا بالنظر للمميزات التشريحية والفيزيولوجية التي تتمتع بها والتي تتلخص فيما يلي:

قزحية العين تشبه بصمة الأصبع من حيث أن لكل شخص بصمته اليدوية وبصمته القزحية، كما تمتاز بصمة العين بالثبات والديمومة ، كما تتميز العين بأنها لا تتطابق في أي عين مع عين شخص آخر حتى العين اليمنى من الشخص الواحد لا تتطابق مع العين اليسرى. ⁽¹⁾

خامسا: بصمة المخ:

يرجع الفضل في اكتشاف بصمة المخ إلى الدكتور لورانس فارويل **Laurence Farwell** من مدينة فيرفيلد بولاية أبوا (**FAIRFIELD**) الذي ذاع صيته عن بصمة المخ من خلال أحاديثه ولقاءاته في الإذاعة والتلفزيون خاصة لما تمكن من تحويل الكلمات والصور ذات العلاقة بجريمة معينة إلى ومضات **flashes** على شاشة الكمبيوتر مستخدما في ذلك تقنية حديثة جدا ليبرهن على علاقة المجرم بتلك الكلمات أو الصور.

ويتفق العلماء على أن هناك موجة في المخ مرتبطة بالذاكرة تسمى **p 300** وعندما يتعلم الإنسان شيء هام جدا ويريد أن يتذكره ويستعيده للحاجة إليه فيما بعد فإن موجة المخ **p 300** ستقوم بذلك وهذا هو واجبها دون أن يشعر الإنسان بذلك ودون أن يكون له تأثير عليها .

وقد أصبح لبصمة المخ حجية في الإثبات بعد إخضاعها لمعايير دوبرت (**Daubert**) ⁽¹⁾ اعتمدت كدليل علمي من طرف قاضي محكمة أيوا في قضية هارينجتون المحكوم عليه بالمؤبد عام 1977 بعد نقضه لهذا الحكم في: 2003/02/26 وطلب إجراء محاكمة جديدة بعد مضي 24 سنة على الحكم السالف الذكر وقد تأكد من خلالها أن المخزون في مخ هارينجتون لم يجاري مشهد الجريمة مما دل على أنه لم يكن موجودا وقت ارتكاب الجريمة ⁽²⁾

1-د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية ،مرجع سابق ص 223 – 224.

2- / حسنين المحمدي ،بودئ الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي – منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة 2005 ص 65 – 66 .

وكان من نتائج هذا الاكتشاف (البصمة المخية) أن دعمت وكالة المخابرات الأمريكية (CIA) التجارب التي يقوم بها الدكتور لورانس فارويل وفي سبيل ذلك قدمت له مبلغ مليون دولار لمساعدته في تطوير اختراعه لاستخدامها في مجال الإرهاب حيث يمكن بسهولة أن يقول الاختبار ما إذا كان الشخص قد تدرب على الإرهاب من عدمه. (1)

سادسا : بصمة الصوت:

الصوت ظاهرة فيزيائية تصدر عن الإنسان في مناسبات عديدة عن طريق جهاز النطق ، إذ يكتسب الكلام لدى الإنسان خواص ذاتية ، تنطوي على مميزات فردية، وتبرر هذه الأهمية في تحديد الموقف الجنائي للمتهم في نوعيات كثيرة من الجرائم التي يشكل فيها الصوت الصادر عن الحديث جريمة جنائية كالقذف والتهديد و الإزعاج والاتفاق الجنائي أو إذا كان مضمون الحديث يشكل اعترافا بارتكاب جريمة أو دليلا على التورط فيها كجرائم الرشوة والتآمر والتجسس و التخابر مع الأعداء و كذا جرائم المخدرات.(1) والبصمة الصوتية هي ما يطلق عليها أحيانا بالخصائص الصوتية للمتحدث، و قد شاع استخدام البصمة الصوتية في تحديد هوية المتحدث و هذا يتم عند الحصول على تسجيل لصوت شخص ما و يكون للتسجيل علاقة بالجريمة ثم يقبض على المتهم و تبحث الشرطة على أدلة لإثبات أو نفي الاتهام و يكون ضمن ذلك التسجيلات الصوتية للمتهم و عند إنكار المتهم للصوت يقوم خبير الصوت بمطابقة الصوت المسجل مع صوت المتهم للخروج بتقرير حول الشبه بين الصوتين. و مع التطور التقني في السنوات القليلة الماضية أصبح من الممكن التحقق من هوية المتحدث آليا فاستخدمت هذه التقنية في الدخول على الحسابات المصرفية و فتح الأبواب و الدخول على المواقع عبر الشبكة العالمية للمعلومات (الانترنت).(2).

و يتم التسجيل بواسطة أجهزة تعتمد على حفظ الإشارات الكهربائية التي تمثل الصوت عند صدوره على شكل مخطط مغناطيسي على شريط بلاستيك مغطى بطبقة رقيقة من مسحوق أكسيد الحديد و حتى يكون للتسجيل حجية في الإثبات الجنائي يتعين توافر شرطين:

-أن يكون النقل أمينا خاليا من عيوب التداخل التي تطمس عناصر و خصائص الصوت.

-ألا يتعرض التسجيل بعد نقل الصوت على الشريط إلى عوامل أو مؤثرات مفتعلة باستبدال أو تغير أو حذف أو إضافة، و لضمان مشروعية التسجيل الصوتي يجب توافر عنصرين.

1-العنصر الإجرائي: و الذي يتمثل في صحة الإجراءات و التي أهمها صدور الأذن بتسجيل الأحاديث الخاصة من السلطة القضائية المختصة سواء كان النيابة أو قاضي التحقيق.

1- أسامة الصغير - البصمات وسائل فحصها و حجيتها في الإثبات الجنائي . مرجع سابق ص 80.

2- د/ حسنين المحمدي بوائد الوسائل العلمية الحديثة . في الإثبات الجنائي ، مرجع سابق ص 67 إلى 70 و د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية ، البصمات و آثارها في الإثبات الجنائي مرجع سابق ، ص 232 إلى 247

2- و العنصر الفني: و الذي يجب من خلاله عدم الاكتفاء بالجانب الفيزيائي البحث للصوت عند استخدام جهاز التخطيط التحليلي للصوت بل يجب مراعاة عيوب النطق و الخصائص الذاتية للتخاطب التي تعتبر من عناصر الصوت⁽¹⁾

سابعا : بصمة العرق (الرائحة) :

من الحقائق العلمية أن لكل إنسان رائحة مميزة تميزه عن الأشخاص الآخرين ، و قد استغلت حاسة الشم لدى الكلاب البوليسية لشم الأثر المادي الذي يتركه الجاني في محل الحادث ثم تتبع رائحته و التعرف على صاحبها⁽²⁾ و يتم تحليل عرق الأشخاص بواسطة التحليل الطيفي للتعرف على عناصره بواسطة أجهزة لكشف الرائحة تسمى OIFACTRONICS⁽³⁾.

وقد أشار القرآن الكريم في سورة يوسف في قوله تعالى حكاية عن سيدنا يعقوب (وَلَمَّا فَصَلَتِ الْعِيرُ قَالَ أَبُوهُمْ إِنِّي لَأَجِدُ رِيحَ يُوسُفَ لَوْلَا أَنْ تُفَنِّدُونِ)⁽⁴⁾، و قد دلت هذه الآية أن لسيدنا يوسف رائحة مميزة تميزه عن سائر البشر و من خلالها تعرف سيدنا يعقوب على ابنه يوسف بعد أن اشتتم رائحته في القميص الذي بعثه إليه ابنه يوسف. و بصمة الرائحة لا تعتبر بصمة بالمعنى المتعارف عليها مثل بصمة الأصابع و لكنها فردية يمكن من خلالها أن تميز بين هذا و ذاك.

و في مطلع سنة 2003 تم اختبار تقنية بصمة الرائحة في عملية حقيقية و جمع مختصوا الروائح التي تخلفت على مقاعد السيارة التي استعملت في عمل إجرامي ، و بعد توقيف المشتبه فيهم تبين أن هذه التقنية إيجابية بالنسبة لأحدهم و قد أوضحت الشرطة الفرنسية فيما بعد أن الاعترافات أكدت تلك الشبهات و بصمة الرائحة لا ترقى حجيتها لبصمة الأصابع لكنها يمكن ان تعتبر عنصر من عناصر الإثبات الأخرى.

ثامنا : بصمة الشفاه.

تبين من الكلمة التي ألقاها العالم البرازيلي سانتوس (SANTOS) أمام الاجتماع الدولي الرابع للطب الشرعي بكوبنهاجن من أغسطس سنة 1966 و هي من الأبحاث التي أجراها العلماء اليابانيون أنه ليس لفرد معين نفس تجاعيد الشفة الموجودة لدى الفرد الآخر.⁽⁵⁾

كما دلت مراقبة بصمات الشفاه لدى التوائم بأنها تكون دائما قريبة التشابه إلى أقصى حد ممكن و أن خواصها موروثة عن طريق الأب أو الأم.

1 - د/ محمد لطفي عبد الفتاح. القانون الجنائي و استخدامات التكنولوجيا الحيوية مرجع سابق ص 109 إلى 110.

2 - د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية ،مرجع سابق ص 228

3 - د/ حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق ص 146.

4 . سورة يوسف الآية 93.

5. د/ طارق إبراهيم الداسوقي عطية،مرجع سابق ص 230

كما أبرزت دراسات أخرى قام بها أحد الباحثين اليابانيين لتحديد مدى إمكانية الاستفادة من بصمة الشفاه في تحقيق الشخصية و خلصت هذه الدراسة إلى أنه سيكون لبصمة الشفاه في المستقبل أهمية تضاهي أهمية بصمة الأصابع في التعرف على هوية الأشخاص و قد تأكد أيضا من خلال هذه الدراسة أن بصمة الشفاه ثابتة لا تتغير مع تقدم السن.⁽¹⁾

و تؤخذ بصمة الشفاه بواسطة جهاز به حبر غير مرئي حيث نضغط بالجهاز على شفتي الشخص بعد أن يوضع عليها ورقة من النوع الحساس فتطبع عليها بصمة الشفاه.⁽²⁾

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين البصمة الوراثية و البصمات الجسدية الأخرى.

بعد تحديد المقصود بالبصمات الجسدية ومعرفة خصائصها ودورها في تحقيق شخصية الأفراد، وبيان ماهية البصمة الوراثية وطبيعتها الذاتية ، يمكن إبراز التمييز بينهما من خلال الصور الثلاثة التالية .

أولا : الاختلافات في الوظيفة.

رأينا من خلال تعدادنا للبصمات الجسدية الظاهرة ، أنها تستعمل في تحقيق الشخصية والتعرف على الجناة و في ذلك تتفق مع البصمة الوراثية.

لكن دور البصمة الوراثية لا يتوقف على هذا الدور فقط بل يتعداه إلى الكثير من المجالات ، لكونها تستعمل في إثبات النسب و نفيه و في مجال الهجرة غير الشرعية و في إثبات الجنسية والتعرف على المفقودين و ضحايا الحروب و الحوادث المتعمدة و الكوارث الطبيعية و في إثبات و نفي بعض الجرائم كما أنها تستخدم في مجال البحوث العلمية و العلاج و تشخيص الأمراض الوراثية⁽³⁾

و هكذا يبدو جليا تفوق البصمة الوراثية عن البصمات الجسدية الظاهرة الأخرى ، ولذلك أطلق عليها أميرة وسائل الإثبات la reine des moyens de preuves. بالإضافة إلى ذلك ، فإن البصمات الجسدية الظاهرة يمكن للمجرمين التلاعب بنتائجها ، و أن مضاهاتها في كثير من الحالات تكون صعبة، و هي تقتصر على بعض الجرائم ، في حين أن البصمة الوراثية تخرج عن سيطرة صاحبها و من ثم لا يمكن له التلاعب بنتائجها و مضاهاتها أيسر و أسهل من البصمات الجسدية الظاهرة و هي تستعمل في كل الجرائم المسرحية⁽⁴⁾

1- أسامة الصغير مرجع سابق ص 62 - 63.

2- د/ محمد لطفي عبد الفتاح مرجع سابق ص 102.

3- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 83 و 84. و د/ حسني محمد عبد الدائم ، مرجع سابق ص 153.

4- أ/محمد أحمد غالم الجوانب الشرعية و القانونية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية دار الجامعة الجديدة طبعة 2007 ص 70

ثانيا : الاختلاف في الطبيعة.

أوضحنا فيما تقدم أن البصمة الوراثية من طبيعة بيولوجية و أن بناءها يقوم على أساس وراثي يستمدده الشخص من أبويه ، بينما البصمات الجسدية الظاهرة ليست من تلك الطبيعة و لا تتأثر غالبا بالوراثة ، و هذا ما أكدته البحوث و الدراسات العلمية ففي عام 1880 توصل عالم الوراثة (فولفار) إلى أنه لا دليل على أن بصمات الأصابع و الأقدام و طبقات الشفاه و أشكال الأذن متوارثة ، إلا أنه في عام 1891 كتب العالم الإنجليزي الشهير سير فرنسيس غالون SIR FRANCIS GALLON مقالا نشرته مجلة الطبيعة "NATURE" أن هذا النوع من البصمات يسير حسب طريقة خاصة و أنها تتأثر بالمؤثرات العضوية الفيزيولوجية مستنتجا من ذلك أن هذه البصمات من طبيعة وراثية إلا أن جالون GALLON لم يقدم الأدلة الكافية لإثبات دعواه ، و لذا رفض العالم الفرنسي آدمون لوكار LOGARD ADMOND هذا الاستنتاج ، وظل الأمر على هذا النحو إلى أن اعتبر فيه العلماء في مؤتمر التاريخ الطبيعي الجنائي للإنسان ، الذي قرروا فيه أنه بعد دراسة عميقة لخمس أجيال في عائلة واحدة اتضح أنه لا أثر للوراثة في بصمات أصابع أفرادها.⁽¹⁾

ثالثا : الاختلاف في طريقة الإثبات.

ومن صور التمييز بين البصمة الوراثية والبصمات الأخرى ، الاختلاف في المنهج المتبع في الإثبات ، فالبصمات الجسدية البارزة أو غير الوراثية ، تعتمد في إثبات الشخصية على الأشكال الخارجية لها ومعرفة الفروق فيما بينها . ففي بصمات الأصابع مثلا فإنه عند إجراء عملية المضاهاة فإن القواعد المتبعة في ذلك تركز على الأشكال المختلفة للخطوط الحلمية البارزة (Ridges) ومقارنة موضع النقط واتجاهها ودراسة العلاقة بين البصمة المأخوذة والبصمة المحفوظة وكشف تشابه النقط في البصمتين ، ولهذا فإن تصنيف أو ترتيب هذه البصمة يعتمد أساسا على أشكالها المتتالية.⁽²⁾ والتي تتخذ أربعة أنواع رئيسية هي المستدير والمنحدر يمينا والمنحدر يسارا و الخيمي ويوجد نوع خامس هو المشوه ويكون أصلا أحد الأنواع الأربعة السابقة .

1- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي . مرجع سابق ص 85.

2- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي مرجع سابق ص 86.

كما أن بصمات فتحات مسام العرق تقوم هي أيضا بدورها على المقارنة بين حجم تلك الفتحات وأشكالها المتعددة وهو ما ينطبق على بصمات الشفاه ، حيث تعتمد في التمييز بين الأفراد على شكل الجزور العرضية والطولية وعلى الاختلاف الشكلي للحافة القرموزية للشفاه ، كما أن المقارنة في بصمات العيون مبنية على الصورة الخارجية لشكل قرنية العين ، وهو نفس الشيء بالنسبة لبصمة الأذن ، إذ أن المضاهاة تجري بجمع بصمات المشتبه فيهم على شرائح من الزجاج ثم يتم تصوير هذه البصمات لإجراء المقارنة بينهما على أساس شكل الأذن مثل شكل الصوان والحلمة والثنيات والحواف . ومن خلال هذه المضاهاة يمكن تحديد العلاقات الظاهرة للإجراء المفرغة التي تحيط بالأذن بالإضافة إلى تمييز الأذن من منخفضات ومنعرجات.⁽¹⁾

أما البصمات الوراثية فإنها تعتمد في الإثبات على تحليل جزء أو أكثر من الحمض النووي.⁽²⁾

المبحث الثالث : الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثية.

من خلال هذا المبحث نحاول الغوص في معرفة حقيقة البصمة الوراثية ، و ذلك بالنظر إلى مكوناتها البيولوجية و مصادرها الأساسية (اللعب، و المني و الأنسجة)، ذلك لأن المجموعات القانونية تقوم على تقسيمين عتيدين و هما طائفة الأشياء و طائفة الأشخاص فالشخص حسب هذا التقسيم هو دائما صاحب الحق و الشيء هو دائما محل للحق. إذن فإضفاء أي من الوصفين على البصمة الوراثية يجعلها تندرج تحت النظام القانوني المخصص له و من ثم تنسحب الأحكام الخاصة به عليها.

و السؤال الذي نحاول الإجابة عليه في هذا المبحث هو :

هل تعتبر البصمة الوراثية من طائفة الأشخاص لأن مصادرها مستمدة من جسم الإنسان ؟ أم تعتبر من الأشياء الخالصة و تدخل بالتالي في عدادها ؟ أم هي مزيج مركب يمكن اعتباره من هاتين الطبيعتين ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول: تعريف الأشخاص و الأشياء.

سوف أعالج هذا المطلب في فرعين ، أخصص أولهما لتعريف الأشخاص و نتناول في ثانيهما تعريف الأشياء.

الفرع الأول: تعريف الأشخاص.

أولا : تعريف الشخص في اللغة: شخص بفتح الشين و الخاء يشخص شخصا ، إذا خرج من موضع إلى غيره و شخص الشيء شخصا إذا ارتفع و بدا من بعيد و يتعدي بالهمزة فيقال : أشخصته و بنفسه فيقال : شخص الرجل بصره أي : فتح عينيه و لا يطرف مثلا ملاً أو منزعجا و ربما تعدى بالياء فيقال : شخص الرجل ببصره فهو شاخص و شخص يزيد أمر أي ورد عليه و أقلقه، و الشخص بفتح الشين و سكون الخاء هو سواد الإنسان ثم استعمل في ذاته فأصبح معناه المشخص أو المعين.

1- أ/ محمد أحمد غانم مرجع سابق ص 71 إلى 90

2- د/ حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق ص 154.

قال الخطابي: و لا يسمى شخصا إلا جسم مؤلف له شخوص و ارتفاع ، و بهذا المعنى فإن الشخص هو كل جسم له ارتفاع و ظهور و الجمع أشخاص و شخوص.⁽¹⁾

و في اللغة الإنجليزية و الفرنسية فإن كلمة شخصية **personality** أو **personnalité** مأخوذة من الأصل اللاتيني القديم **persona** الذي يعني القناع.⁽²⁾

حيث ارتبط هذا اللفظ بالمسرح اليوناني القديم ، حيث اعتاد ممثلو اليونان و الرومان في العصور القديمة ارتداءه على وجوههم ، لكي يعطوا انطبعا عن الدور الذي يقومون به ، وليجعلوا من الصعب التعرف على الذي يؤديه ، ومع مرور الزمن ، اطلق لفظ **persona** على الممثل نفسه ثم على الإنسان بصفة عامة و ربما كان ذلك على أساس أن الدنيا مسرح كبير و أن الناس جميعا ليسوا سوى ممثلين يقوم كل منهم بدورها على مسرح الحياة.⁽³⁾

و عند الفلاسفة الشخص هو الذات الواعية لكيانها ، المستقلة في إرادتها و من ذلك الشخص الأخلاقي ، و هو من توافرت فيه صفات تؤهله للمشاركة العقلية و الأخلاقية في مجتمع إنساني.⁽⁴⁾

و في الفقه الإسلامي : فقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الشخص الطبيعي بأنه الإنسان أو الذات الناطقة سواء كان ذكرا أو أنثى.⁽⁵⁾

ثانيا : تعريف الشخص في القانون الوضعي .

أما تعريفه في القانون الوضعي: يعبر عن الشخص في اللغة القانونية بأحد اللفظين، الأول منهما و أقدمها استعمالا و هو (**CAPUT**) و هو يفيد لغة الرأس. ومن هذا المعنى أطلق على الشخص بأكمله لاحتواء الرأس على أثن شيء في الإنسان وهو العقل .

و ثانيهما هو (**PERSONA**) و هو يفيد في الأصل القناع الذي يضعه الممثل على رأسه .

1- أحمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير مادة شخص الفيروز ابادي مادة شخص ن باب الشين مع الصاد المعجم الوسيط مادة شخص .

2- د/ سيد محمد غنيم سيكولوجية الشخصية الطبعة الأولى الناشر دار النهضة العربية ص. 42

3- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 54

4- معجم الوسيط المرجع السابق مادة شخص.

5- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 55

و من هذا المعنى اشتق معنى الشخصية أو الدور الذي يلعبه الممثل في الرواية ، و من هذا المعنى الأخير اشتق المعنى القانوني للفظ (**PERSONA**) فصار يطلق على كل من كان أهلا لاكتساب الحقوق و الالتزام بالواجبات ⁽¹⁾ تلك الأهلية التي يعبر عنها في الوقت الحاضر بالشخصية القانونية ، فالشخصية وصف قانوني يضاف إلى كل من يعتبر في نظر القانون صاحب حق أو ملتزما بواجب طبقا لقواعده ⁽²⁾.

و الشخصية القانونية تثبت للإنسان بحسب الأصل و لا تثبت للحيوان أو الجماد ، و هو ما يطلق عليه بالشخص الطبيعي و الذي يتكون من الجسم و الروح معا لذلك فإن جسم الإنسان بمفرده لا يمكن أن يكون شخصا قابلا لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، كما أن الروح لا يمكن أن توجد إلا في جسم فإذا ما اجتمعا معا وجد الشخص الطبيعي أو الإنسان المتمتع بالشخصية القانونية و التي تبدأ بولادة الإنسان حيا و تنتهي بوفاة و هو ما نصت عليه المادة 1/25 من القانون المدني الجزائري بقولها : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته".

و اليوم لا تقتصر الشخصية القانونية على الشخص الطبيعي وحده ، بل امتدت إلى مجموعات الناس و مجموعات الأموال التي تسعى إلى خير الجماعة إذ اعتبرها القانون أشخاصا ما دام أن لديها القابلية لأن تكون طرفا إيجابيا أو سلبيا في الحقوق ، و سميت بالأشخاص الاعتبارية أو المعنوية ، و الأشخاص المعنوية بعضها يعتبر من أشخاص القانون العام كالدولة و المؤسسات العامة و بعضها الآخر يعتبر من أشخاص القانون الخاص كالشركات و الجمعيات ⁽³⁾.

1- د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق ص 159.

2- د/ ياسر أحمد كامل المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق ، طبعة 1995 - 1996 دار النهضة العربية ص 109.

3- د/ محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1985 ، ص 49.

الفرع الثاني : تعريف الأشياء.

أولاً : تعريف الشيء في اللغة :

1. الشيء في اللغة عبارة عن كل موجود ، سواء كان حسياً كالأجسام أو حكماً كالأقوال ، نحو قلت شيء و تكلمت بشيء⁽¹⁾ و من ذلك قوله تعالى : " وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكْ غَدًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ " .⁽²⁾ و قيل الشيء هو اسم لجميع المكونات عرضاً كان أو جوهرًا و يصح أن يعلم ويتصور و يخبر عنه.⁽³⁾ و الشيء عند المناطق هو الوجود الثابت المتحقق في الخارج،⁽⁴⁾ وعلى العموم يمكن تعريف مصطلح الشيء من خلال المعنى الجاري الموسع أو من خلال ماهيته أو من خلال المعنى الخارجي الضيق أو من خلال المعنى الأخلاقي القانوني بأن كل مالا يعتبر شخص هو من الأشياء.⁽⁵⁾

ثانياً : تعريف الشيء في الاصطلاح الشرعي :

عرف بعض الفقهاء المحدثين الشيء بأنه ما يصلح أن يكون محلاً للحق العيني ، و يجب في هذا الصدد التمييز بين الشيء و المال ، فالمال هو كل حق له قيمة يمكن تقديرها بمبلغ من النقود سواء كان هذا الحق عينياً أو شخصياً أو معنوياً ، أما الشيء فهو محل الحق المالي و من ثم لا ينبغي الخلط بين الشيء و الحق الذي يرد عليه⁽⁶⁾ فإذا قام على الشيء حق كان هناك مال، و إذا لم يقم على الشيء حق لشخص ما بأن كان شيئاً مباحاً فليس هناك مال و إنما شيء فقط و هذا هو رأي جمهور الفقهاء المالكية و الشافعية والحنابلة.

1- أحمد بن أحمد الفيومي ، المصباح المنير، المرجع السابق مادة شيء للمحيط مادة الشيء باب الشين مع الباء.

2- سورة الكهف الآيات 23 و 24.

3- د/عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 52

4- د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق، ص 163.

5- Roberto Andorno la distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles

L. G D G.1996 p 17.

6- د/ يوسف قاسم ، النظرية العامة للفقهاء الإسلامي ، دار النهضة العربية 1987 ، ص 256.

و قد خالف فقهاء الحنفية جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه و قالوا بأن الشيء يمكن أن يعتبر مالا إذا توافر فيه عنصران (1).

الأول: العينية : و يراد بها أن يكون المال شيئا ماديا ذا وجود خارجي ذلك أن العين يراد منها الشيء المادي الذي له مادة و جرم و الثاني إحرازه و حيازته ، و حسبهم فمنافع الأعيان كحق السكن و ركوب السيارة ، لا تعتبر أموالا لأن المنافع فوائد ليس لها جرم و لا يمكن حيازتها.

و مثل المنافع في عدم اعتبارها مالا الحقوق المحضة كحق التعلي و حق الأخذ بالشفعة ، وحق المرور و حق الشرب و المسيل و كذلك الديون في الذمم لأن ما دامت في الذمم فهي أوصاف شاغلة لها و لا يتصور قبضها حقيقة و إنما يقبض ما يعادها فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالا لصاحبه ، و لذا فإن فقهاء الحنفية لا يوجبون الزكاة في الديون قبل قبضها .

الثاني: التمول أو العرف : و يقصد بالتمول التنافس و بذل العوض و ذلك بأن تجرى عادة الناس كلا أو بعضا على التنافس على هذه العين و حيازتها ، و في سبيل الحصول عليها يهون عليهم بذل أموالهم فإذا كان الشيء لا يجري عليه التنافس بين الناس و لا يبذلون فيه أموالهم لا يكون مالا و ذلك مثل الميتة و القليل من التراب.

و عليه فثبوت مالية الشيء وفق الاصطلاح الحنفي لا تتحقق إلا بتوافر العنصرين العينية و التمول ، يستوي في ذلك تمول كافة الناس أو تمول بعضهم و لو كان الشيء غير مباح شرعا و من ثم كانت الخمر و لحم الخنزير و نحوهما من الأموال لتمول غير المسلمين لهما .

و متى تثبت المالية لشيء لا نزول عنه ، إلا إذا تركه الناس جميعا ، و يتفرع عن ذلك أنه لو ترك بعض الناس التعامل في بعض الأشياء لعدم صلاحيتها لانتفاعهم ، فإن اسم المال لا يزول عنها ما دام إمكان الانتفاع بها قائما للبعض الآخر من الناس ، كما في الأثاث المستهلك و الثياب البالية .

و يبدو أن مذهب الجمهور هو الراجح ، فالشيء هو ماله كيان مادي محسوس و لا يخرج عن مفهوم الشيء إلا الأشخاص الذين يتمتعون بالشخصية القانونية ، والشيء هو محل كافة الحقوق عدا الحق الشخصي ، والشيء ليس هو المال بل هو مغاير له فالمال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء سواء كان حقا شخصيا أو كان حقا عينيا ، فالمال أعم من الشيء⁽¹⁾

ثالثا : تعريف الشيء في نظر القانون :

في نظر الفقه القانوني يستخلص معنى الشيء بمفهوم المخالفة للشخص فيقال أن كل ما ليس من الأشخاص هو من الأشياء.

و الشيء في القانون يمتاز بخاصيتين هما الاستعمال و التملك⁽²⁾، لكن هذا لا يعني أن مفهوم الشيء محل الحق يقتصر على الأشياء المادية فقط ، بل يشمل أيضا أشياء معنوية ترد عليها بعض الحقوق ، كأفكار المؤلفين و اختراعات العلماء و أعمال الفنانين.⁽³⁾

و قد عرف الفقيه الفرنسي J. Jaques الشيء بأنه ما كان قابل للتملك الخاص و التصرف به و يتفق هذا التعريف مع ما جاء في مضمون المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه : " الأشياء هي التي تدخل ضمن التعامل القانوني ، و التي يمكن أن تكون محلا للاتفاقيات القانونية". كما أنه ينسجم مع نص المادة 682 من القانون المدني الجزائري التي بينت أن الشيء محل الحق يجب أن يكون داخل في دائرة التعامل ، أما إذا كان خارجا عن دائرة التعامل فانه لا يصلح أن يكون محل له كما بينت هذه المادة أن خروج الشيء عن دائرة التعامل يكون بأحد سببين:⁽⁴⁾

الأول : الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها هي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، و بالتالي يستحيل أن تكون محلا للحقوق المالية فتخرج بذلك عن دائرة التعامل ، كالهواء و أشعة الشمس.

1 -د/ عطا عبد العاطي السنباطي ، بنوك النطف و الأجنة ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، 2001، ص111.

2- Roberto Andorno , op cite , page 35.

3- د/ حسني محمود عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص167.

4- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 53

الثاني : الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون و هي عبارة عن أشياء يمكن حيازتها ، ولكن المشرع رأى إخراجها من دائرة التعامل لأجل الصالح العام و هذه الأموال تدعى في الفقه الإسلامي بالمال الغير المتقوم و من أمثلتها في القانون الوضعي المواد المخدرة و النقود المزيفة و الأسلحة الغير مرخصة ، كما تخرج الأموال العامة للدولة من دائرة التعامل و قد نصت المادة 688 من القانون المدني على ذلك ⁽¹⁾ .

و يتعين الإشارة أخيراً أن المال و الحقوق المالية تعبيران مترادفان، لذلك يتعين التمييز بين المال و الشيء ، فالشيء هو محل الحق المالي ، لكنه ليس المحل الوحيد ، فالعمل كذلك يكمن أن يكون محل للحق ⁽²⁾ .

كما نلفت النظر إلى أن المواد 638 ، 689 من القانون المدني قد قسمت الأشياء محل الحق إلى أنواع سواء كعقارات و منقولات أو أشياء مثلية و قيمة أو أشياء عامة و خاصة.

المطلب الثاني: البصمة الوراثية و طائفة الأشخاص و الأشياء في الفقه الإسلامي.

أدى التطور العلمي في جميع المجالات على وجه العموم ، وفي المجال الطبي على وجه الخصوص إلى ظهور مستجدات عديدة على الساحة المعاصرة ، كنقل الأعضاء ، وتشريح الجثث والإنجاب الصناعي ونقل الدم كل هذه المستجدات الطبية فرضت على العلماء المعاصرين البحث فيها لإظهار رأي الشريعة الإسلامية فيها، ومن بين هذه المستجدات البصمة الوراثية التي لا يوجد في الفقه الإسلامي تصنيف خاص بها كذلك الذي تناوله القانون الوضعي لأنها من المسائل المستحدثة التي أفرزتها المعطيات العلمية الجديدة .

1- محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 197.

تنص المادة 688 من ق. المدني: "تعتبر أموالاً للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لمؤسسة عمومية، أو هيئة لها طابع إداري أو مؤسسة اشتراكية أو لوحدة مسيرة ذاتياً أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية"

2. محمد حسنين المرجع السابق ص 89.

ورغم ذلك يمكن الوقوف على موقف الفقه الإسلامي في هذه المسألة من خلال تلمس آراء الفقه في تصنيف أجزاء الجسم وأنسجته من حيث كونها أجزاء آدمية حاملة للمادة الوراثية ويتواجد فيها البصمة الوراثية وكافة المعلومات الوراثية و التي تعتبر مصادر أساسية لها وذلك كالدم والعظام والجلد والشعر والأظافر والأسنان. وعلى ذلك فقد اختلفت كلمة الفقهاء في طبيعة هذه الأجزاء وما إذا كانت تعتبر من قبيل الأموال أو من قبيل الأشخاص على مذهبين نتناولهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : اعتبار أجزاء جسم الإنسان من طائفة الأشخاص:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية في ظاهر الرواية ، و المالكية في المشهور من المذهب و الشافعية في الراجح و الحنابلة في الصحيح ، و الظاهرية و الزيدية) إلى أن هذه الأجزاء و سائر الأطراف الأخرى تعتبر من قبيل الأشخاص و تأخذ حكم أصحابها من حيث الحرمة و الكرامة ، فلا يجوز بيعها أو الانتفاع بها . فالإنسان وفقا لرأي الجمهور لا يعتبر مالا في الشرع و لا في الطبع و لا في العقل ، فالشرع يأبى أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله معاملة الأموال و استدلوا على ذلك من الكتاب و السنة و المعقول⁽¹⁾

1- دليل الكتاب : منه قوله تعالى : " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا " (2).

1- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 56.

2- سورة الإسراء الآية رقم 70.

و مظاهر تكريم الإنسان في القرآن كثيرة منها التكريم بحسن الصورة و التكريم بالاستخلاف في الأرض و التكريم بالنفخ في روحه القدس و التكريم بالعقل، و التكريم بسجود الملائكة لآدم.... الخ و يترتب على هذا التكريم حماية الإنسان و عدم جواز المساس بجسمه و جسم الإنسان لا يعتبر من الأموال و أعضاء الجسم المنفصلة عنه طاهرة ولذلك ذهب غالبية الفقه الإسلامي إلى القول أن الإنسان حيا أم ميتا لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية فالإنسان ليس مالا لا في الشرع و لا في الطبع و لا في العقل.⁽¹⁾

2- دليل السنة :

و منها ما أخرجه الترميذي في نوادر الأصول قال : حدثنا عمر ابن أبي عمر قال : حدثنا إبراهيم بن العلاء الزبيدي عن عمر بن بلال الفزاري قال : " سمعت عبد الله بن بسر المازني يقول : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "قصوا أظافركم و ادفنوا أقلامتكم و نقو براجمكم".

و روى ابن أبي شبيب عن وكيع عن عبد الجبار بن عباس عن رجل من بني هاشم أن رسول الله (ص) أمر بدفن الشعر و الظفر و الدم .

إن الأجزاء المذكورة في الحديثين الشريفين ، كل واحد منها يعتبر مصدرا أساسيا لاستخلاص البصمة الوراثية منه و قد أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) بدفنها عند الانفصال لحرمتها و كرامتها ، فدل على أن المادة أو البصمة الوراثية الكامنة في أي منها ، تأخذ حكم صاحبها من حيث الحرمة و الكرامة. يقول الإمام القرطبي رحمه الله أن جسد الإنسان ذو حرمة فما سقط منه و زال عنه فحفظه من الحرمة قائم ، فيحق عليه أن يدفنه قياسا على مالومات الإنسان فإنه يدفن ، فإذا مات بعضه فكذلك تقام حرمة بدفنه كي لا يتعفن ولا يقع في النار أو في مزابيل قذارة ، وبهذا المعنى ورد عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه أمر بدفن دمه عندما احتجم كي لا تبث عنه الكلاب وروى الإمام مسلم عن أنس (رضي الله عنه) قال: رأيت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) والحلاق يخلق له وقد أطاف به أصحابه فما يريدون أن تقع شعرة إلا في يد رجل⁽²⁾.

1- د/ مارك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003 ، ص 94 إلى 101.

2- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 58 - 59.

3- دليل المعقول:

أما من المعقول ، فان اعتبار جسم الإنسان و مكوناته من قبيل الأشياء المتقومة ، التي يمكن أن تملك و يرد عليها العقد فيه إذلال و اهانة للإنسان تتنافى مع الحرمة و الكرامة الممنوحة له شرعا لأن الله خلق الإنسان مالكا للمال و جعله مسيطرا على المسخرات الكونية التي تحت يده و كرمه و فضله على كثير من الخلق ، فكيف يستساغ عقلا أن يكون هو نفسه مالا و في نفس الوقت مالكا للمال ، وتبعاً لذلك ذهب غالبية الفقه الإسلامي إلى القول أن الإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن يكون محلا ممكنا و مشروعا للمعاملات المالية .⁽¹⁾

وما يسري على جسم الإنسان يسري كذلك على أجزائه المنفصلة و لتأكيد آدمية هذه الأجزاء فقد نص الفقهاء على بطلان بيع شعر الإنسان و عظمه و جلده و ظفره و لبن المرأة ، حفظا لكرامته وصونا لذاته من الابتذال . و في هذا يقول المرغيناني من الحنفية² و لا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها لأن الآدمي مكرم لا مبتذل ، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا و مبتذلا ، كما قال صاحب تبين الحقائق³ و حرمة طرف الإنسان كحرمة نفسه حتى لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها ، كما لم يرخص له قتل نفسه ، بخلاف إتلاف ماله ، ولو قطعها بإثم قاطعه⁴ و جاء في المغنى⁵ و حكم إجراء الآدمي و ابعاضه ، حكم جملته سواء انفصلت في حياته أو بعد موته لأنها أجزاء من جملته⁶ و كما قال ابن نجيم من الحنفية : لم يجوز بيع لبن امرأة لأنه جزء لأدمي ، و هو بجميع أجزائه مكرم مصون عند الابتذال بالبيع ، و قال في موضع آخر يمنع بيع شعر الإنسان و الانتفاع به لأن الآدمي مكرم غير مبتذل ، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا ."

1- د/ مارك نصر الدين ، مرجع سابق ص 103 - 104.

و يظهر من الأحوال السابقة أن الإنسان مكرم غير مبتذل لذلك لا يحق لأي عبد كان أن يتصرف فيه. كما دلت هذه الأقوال على تحريم الانتفاع بأجزاء الإنسان، إما لكرامته و إما لعدم إمكان الانتفاع بها على الوجه المشروع.⁽¹⁾

الفرع الثاني: اعتبار أجزاء جسم الإنسان من طائفة الأشياء:

يرى أصحاب هذا الرأي أن أجزاء جسم الإنسان و أنسجته تعتبر من قبيل الأموال و ليس لها حرمة الأشخاص و قال بهذا الرأي الحنفية في غير ظاهر الرواية و بعض المالكية و بعض الشافعية، و القاضي من الحنابلة. و معنى الأطراف ينسحب على أي عضو أو جزء من الإنسان بصفته المنفردة أي منعزل عن باقي الأجزاء التي لا يجوز أن يرد التصرف على مجموعها لأنها ليست أموالا ، لكن على العكس من ذلك يستطيع الإنسان أن يتصرف في جزء من أجزاء جسمه المعتبرة مالا (الشعر و الجلد و الظفر و النطفة و العلقة بالإبقاء أو الإسقاط) لغاية مشروعة ، كأن يضحى بجزء من جسمه لإنقاذ حياته فهو كالمال خلق وقاية للنفس⁽²⁾ ، و دعم أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بالأدلة الآتية:

الأول: أن هذه الأجزاء يمكن أن يستفيد منها الإنسان في إنقاذه.

فهو بهذا المعنى كالمال خلفت وقاية للنفس ، فيجوز للإنسان أن يقطع أطرافه في حالة الإكراه في حين لا يجوز له أن يقتل نفسه و لو كان تحت الإكراه ، كما له أن يأذن لغيره في جرحه و لكنه لا يصح له أن يأذن بقتله ، لكن هذا الإستدلال الذي اعتمده أصحاب هذا الرأي يمكن مناقشته .

1 - د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق ، ص 175 - 178.

2 أنظر كل من :

- د/ أحمد محمد بدوي . نقل وزراعة الأعضاء البشرية . سعد سمك للمطبوعات القانونية القاهرة. طبعة 1999 ص 143 - 161
ود/ ريس محمد - المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - دار هومة - الجزائر 2007 ص 2015 ومايليها.

فالمال هو ما يميل إليه الطبع و يمكن ادخاره لوقت الحاجة و من خصائصه أيضا أنه قابل للتداول و الانتقال من شخص لآخر لكنه و بالنظر إلى تعريف المال و خصائصه نجدها غير متوفرة في أجزاء جسم الإنسان على الإطلاق لأنه لا يمكن تصور ادخار جسم الإنسان أو جزء منه للانتفاع به وقت الحاجة ، لأن جسم الإنسان ذو أوجه متعددة و مستمرة ، فإذا ما قطع عضو أو جزء منه توقف عن أدائه لوظيفته و عليه لا يمكن أن تكون هناك فائدة من ادخاره أو اكتنازه، كما أن المالية صفة ملازمة للتقويم ، بخلاف جسم الإنسان أو أعضائه فإنه غير قابل لذلك لحرمة و كرامته. يضاف إلى ذلك أن من خصائص المال قابليته للتداول و انتقاله من شخص لآخر ، و هذا غير متحقق في أجزاء الإنسان و لم يقل أحد من العلماء بإمكانية تداول أجزاء الإنسان بين الأشخاص، شأنها في ذلك شأن الأموال والأشياء وإلا كانت محلا للتملك والتصرف الذي يقضي إلى العبث كجملته.

الثاني: إن أجزاء الآدمي نجسة و لو كان لها حرمة الآدمي لجازت الصلاة عليها

و هذا دليل باطل لأن أجزاء الآدمي و أبعاضه لها حرمة ، بدليل أن كسر عظم الميت ككسر عظم الحي ، و يصلى عليها إذا وجدت من الميت ، ثم تبطل بشهيد المعركة فإنه لا يصلى عليه وهو طاهر.⁽¹⁾

المطلب الثالث : البصمة الوراثية و طائفة الأشياء و الأشخاص في القانون الوضعي .

ينحصر البحث في هذا المقام في دائرة الأشخاص الطبيعية ، لان الإنسان يدخل ضمن هذه الطائفة باعتباره شخصا قانونيا منحه القانون هذه الصفة و يستبعد من الدراسة الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية و ذلك لعدم تعلق البصمة الوراثية بها.

لذلك نتساءل هل تعتبر أجزاء الإنسان أو أنسجته التي تشكل المصادر الأساسية للبصمة الوراثية جزءا من شخصيته و تدخل بالتالي في طائفته و تأخذ حكمه ؟ أم أنها تختلف عنه و تعتبر بالتالي أشياء تنسحب عليها أحكامه ؟

1- للاطلاع على الأدلة المقدمة من الاتجاه الفقهي الثاني الذي يعتبر أجزاء جسم الإنسان من طائفة الأشياء يرجى الرجوع على كل من عبد الرحمن أحمد الرفاعي . المرجع السابق ص 61 - 63 . ود/ حسني محمود عبد الدائم . المرجع السابق ص 183.

اختلف الفقه القانوني حول هذه المسألة إلى ثلاثة اتجاهات

الفرع الأول : الاتجاه الأول : نظرية منح البصمة الوراثية صفة الأشياء⁽¹⁾

يذهب أنصار هذه النظرية إلى إضفاء وصف الأشياء على البصمة الوراثية و يركزون للوصول إلى تلك النتيجة إلى عدة اعتبارات منها :

الاعتبار الأول : إعطاء وصف موحد لجينات الكائنات الحية:

ف نظرا للتشابه الذي قد يصل إلى حد الكمال بين منظومة الجينات البشرية و بين منظومة الجينات للمخلوق من الحيوان فإنه ليس هناك ما يدعو إلى التمييز بينهما من جهة الطبيعة القانونية⁽²⁾ ، بحيث تنسحب طبيعة الجين الحيواني مباشرة و دون أية مشكلة على جينات البشر ، حينئذ تتجلى راحة وصف الجين البشري بالأشياء في ضوء ثبوت هذا الوصف لنظيره من جينات الحيوان .⁽³⁾

و يبدو جليا أن هذا الاتجاه متأثر حتى النخاع بالطابع البيولوجي المحض لكونه اعتمد في بناء وجهة نظره على معطيات بيولوجية غير مؤكدة محاولا تطبيقها على القانون.⁽⁴⁾

و في هذا الاتجاه يذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك فيقرر أن كل الأنظمة القانونية التي قامت على التمييز بين الأشياء و الأشخاص يتوجب عليها الاعتراف بأن جسم الإنسان بطبيعته الذاتية شيء و أن أجزأؤه و سائر منتجاته و ما تحويه هي عبارة عن أشياء.⁽⁵⁾

1- من أنصار هذا الاتجاه جان كريستوف حالو ولواك كادييه و بعض الفقه الكندي.

2- فمن المنظور النوعي فإن البصمة الجينية تقدم هيكلة متقسمة شموليا بين الكائنات الحية ومن المنظور الكمي فإن 90 % من البصمة الجينية مشتركة مع القرود و أن 10 % فقط خاصة بالإنسان ، حتى أن معظم هذه العشرة في المائة يرجع أصلها للجسم الذي يعتبر هو ذاته شيء . ومن ثم فإن البصمة الجينية المشتقة منه هي بالضرورة شيء.

3- د/ طارق عبد الله محمد أبو حرة، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة سنة 2005 ، ص 401 فقرة 569.

4- د/ رضا عبد الحليم عبد الحميد ، الحماية القانونية للجين البشري (الاستنساخ و تداعياته) ، الناشر دار النهضة العربية طبعة 1988 ص 167.

5- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 67.

الاعتبار الثاني : وجوب الفصل التام بين تكييف الجسد الإنساني و جيناته الوراثية .

حتى لا تهدر الكرامة الآدمية بوصف جسم الإنسان بالشيء يجب فصل الجين عن الجسد بصفة مطلقة أو على الأقل عند لحظة تكييفه حينئذ تحقق الاعتبارين المتناقضين ، فتحفظ للجسد كرامته و تمنح للجين وصفه المناسب.⁽¹⁾ و يتفق هذا الاتجاه مع بعض الفقه العربي ، الذي يرى أن جسم الإنسان يعتبر من قبيل الأشياء و أقام نظرية في هذا الخصوص أطلق عليها (تشييء جسم الإنسان) ويؤسس نظريته على مبدأ الضرورة ، معتقد أن القول بذلك يؤدي إلى تسهيل عملية نقل و زراعة الأعضاء.⁽²⁾

و نشير في الأخير ، أن هذا الاتجاه الذي ينادي بتشيء الجسد الإنساني انطلاقا من معطيات بيولوجية محضة تعرض لانتقادات لاذعة ، لأنه لا يمكن التسليم بوحدة الوصف القانوني بين الإنسان و الحيوان لا لشيء إلا لأن جيناهما متشابهة مع ما يترتب على ذلك من انعكاس في مجال الحقوق و الحريات و المساس بكرامة الإنسان و امتهانه بالإضافة إلى خطورة الآثار المترتبة على اعتبار الجين في مجال القانون من الأشياء لأن ذلك سيؤثر على معالم الحماية الواجب أفرادها له ، سواء اعتبر من الأشياء العامة أو الخاصة.

الفرع الثاني: الاتجاه الثاني: نظرية منح البصمة الوراثية وصف الأشخاص

يمثل هذا الاتجاه الرأي السائد في الفقه الفرنسي و حسبه فإن الجسم البشري يحتل مكانا بارزا ، لأنه يمثل الشخص الإنساني في جوهره ، هذا الجسد الذي يتكون من أجزاء تمثل عناصر أو منتجات له ، و بما أن المعلومات الجينية المحمولة في الجين البشري تمثل جزءا من هذا الجسم فإنها تتبعه و تدخل في طائفة الأشخاص ، بل ذهب البعض من أنصار هذا الاتجاه إلى حد المبالغة ، حيث مد نطاق الوصف القانوني للجسد و مكوناته من الجينات الوراثية بكونهما من الأشخاص إلى الجينات الكامنة بالبويضة المخصبة في الرحم ، فكما أن هذه البويضة تتمتع بصفة الشخصية الاحتمالية ، و ذلك لخصوصية ما تحمله من معلومات و شفرات وراثية تتعلق بالفرد و تكوينه الوراثي ، فإن هذه الصفة القانونية لا بد و أن تلتصق بالمعلومات الوراثية المبرمجة فيها على الجينات.⁽³⁾

1- د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق ص 188.

2- د/ وجيه خاطر، نقل و زرع أعضاء الجسم البشري، المجلة العربية للفقه و القضاء السنة الثامنة سنة 1991، ص 50 و ما بعدها.

3- د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 170 ، 171.

و بسبب إغراق هذه النظرية في المثالية ثم هجرها كنظرية الأشياء خاصة من جهة عدم قبول النتائج المترتبة على الأخذ بها من وجهة النظر القانونية و العقلية ، لأن الاعتراف بهذا الاتجاه يؤدي إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لجثة الإنسان ، كما أن هذا الاتجاه يحظر التبرع بالأعضاء البشرية و فضلا عن ذلك فإن الأخذ بهذا الاتجاه يؤدي إلى توسيع نطاق العلاقة بين الشخصية القانونية و نتائج و مشتقات الجسد الآدمي ، حيث يؤدي هذا الاتجاه إلى امتداد وصف الشخصية إلى المواد التي يفرزها الجسم و يكون بطبيعتها مهياة للخروج منه كلبن الأمهات و شعر البدن أو الرأس ، و النطف الذكورية أو الأنثوية و الأظافر و العرق و البول و غيرها فكافة هذه الإفرازات الجسدية تحمل بين ثناياها الجينات البشرية ، فهل من أجل حماية هذه المواد يجب الاعتراف بالشخصية القانونية طبقا لهذا الاتجاه.⁽¹⁾

و يجاب عن ذلك بأن هذه العناصر و المشتقات ليست هي الشخص ذاته، و إنما هي من طبيعته و تساهم في تركيبه ، و بالتالي فإنه يجب أن تتمتع بنفس الحماية التي يمنحها له القانون.

الفرع الثالث : الاتجاه الثالث : نظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة.

للتوفيق بين التعارض القائم بين نظريتي الأشخاص و الأشياء و من أجل الرغبة في توفير حماية فعالة للحين البشري قال بعض الفقه بنظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة و أدرجوا البصمة الوراثية ضمن طائفة الأشياء و لكنها تعامل معاملة خاصة لكونها لا تدخل في نطاق المعاملات التجارية ، لأنها لا تنتمي إلى طائفة الأشياء التقليدية .⁽²⁾

و لم تسلم هذه النظرية هي الأخرى من سهام النقد، التي لم تخرج في فحواها عن تلك الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهين السابقين .

1- د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 60 - 64 - 68 / د/ حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق ، ص 190 - 191 .

2- د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 173 .

و أخيرا و تجنباً للانتقادات المتبادلة بين الاتجاهات المختلفة ، اعترف أخيرا بعض الفقه الفرنسي بعدم جدوى قضية التكييف من أساسها و صرح أن المناقشات يجب أن تنصب على معرفة الوضع القانوني للجسد الإنساني و حل هذه المعضلة سيعبد الطريق للإجابة عن باقي الأسئلة⁽¹⁾ ، وواصل قائلا ما دام أن الجسد الإنساني في المفهوم الفرنسي محمي لذاته و بغض النظر عن كونه من الأشخاص أو من الأشياء و بما أن البصمة الوراثية عنصر من عناصره فهي محمية أيضا و هذه الحماية تقوم على مبدأين : الأول هو حرمة هذا الجسد والثاني يقوم على عدم جواز التصرف في الجسد و هذه الحماية ستمتد حتما إلى البصمة الوراثية بغض النظر عن كونها من الأشخاص أو الأشياء و تقوم هذه الحماية في تصور هذا الفقه على حقين :

الأول : الحق في احترام البصمات الجينية و ما تحمله من معلومات وراثية كعنصر من عناصر الجسد.

الثاني : يتمثل في الحق في سرية هذه البصمات و ما تحمله من معلومات وراثية كعنصر من عناصر الحياة الخاصة و لهذا تحظى المعلومات الجينية بحماية شرعية و قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحياة الخاصة و عدم إفشاء السر الطبي و أي مخالفة لهذه القواعد يترتب عنه إما نشوء المسؤولية المدنية كما في حالة (العمل و التأمين) و قد ترقى هذه المخالفات إلى درجة الجريمة.⁽²⁾

1- Loic Cadet . la notion d'information génétique en droit français.

مشار إليه في مرجع كل من الدكتور حسني محمود عبدالدلم في الصفحة 192 و الدكتور عبد الرحمن الرفاعي في الصفحة 67.

2- د/ بلحاج محمد العربي ، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية و القوانين الطبية المعاصرة، دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر و التوزيع . الاردن طبعة 2012

ص 102 . 103

الباب الثاني

منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات

الفصل الأول

منزلة البصمة الوراثية بين أدلة إثبات النسب

الباب الثاني : منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات:

بعد أن تأكد لدينا من خلال آراء المتخصصين في علم الوراثة والجينات والإرشاد الجيني أن البصمة الوراثية تستعمل في مجالات عديدة والتي ترجع في مجملها إلى مجالين رئيسيين هما المجال المدني والمجال الجنائي. وبناءً على هذه المعطيات العلمية المؤكدة سنقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين. نخصص الفصل الأول منه لبحث منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب. أما الفصل الثاني فسنخصصه لبحث مسألة منزلة البصمة الوراثية من أدلة الإثبات الجنائية .

الفصل الأول : منزلة البصمة الوراثية بين أدلة إثبات النسب .

الحقيقة أن بحث مسألة الأدلة الشرعية لثبوت النسب ، وموقع البصمة الوراثية منها أمر خطير ومهم جدا ، وذلك أن تقسيم دليل علمي يندرج تحت قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة ، على أدلة ثبتت بالكتاب والسنة والإجماع فهو في قمة الافتراء على كتاب الله إن لم يكن ذلك مبنيا على الحيلة والحذر والضوابط الشرعية والاجتهاد القائم على الكتاب والسنة .

لذلك آثرت الاطلاع على موقف علمائنا المعاصرين وفقهائنا المفكرين في هذا العصر فيما يتعلق بهذه الأدلة الشرعية الصحيحة وموقفها من البصمة الوراثية ، لمعرفة لماذا ينادي الكثير من المختصين وغير المختصين بتقدم البصمة الوراثية التي قيل عنها أنها وفي ميدان النسب استبدلت الظن باليقين لتتربع بذلك على عرش أدلة الإثبات وتنصب نفسها ملكة عليهم محولين الإجابة عن سؤال مؤداه .

ما هي منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب الشرعية ؟ وهل طابع اليقين الذي يفيد أرجحية تقديمها على تلك الأدلة باعتبار أنها أدلة ظنية بينما البصمة الوراثية تفيد القطع واليقين ؟.

وفي سبيل الإجابة عن هذا السؤال قسمت هذا الفصل إلى ثلاث (03) مباحث :

المبحث الأول: أتناول فيه تعريف النسب واهتمام الشريعة الإسلامية به .

المبحث الثاني: أتعرض من خلاله لطرق إثبات النسب ونفيه .

المبحث الثالث : أبين فيه موقع البصمة الوراثية من طرق إثبات النسب ونفيه .

المبحث الأول: تعريف النسب واهتمام الشريعة الإسلامية به.

سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في المطلب الأول تعريف النسب لغة واصطلاحاً ، وقانوناً أما المطلب الثاني فسأتناول من خلاله عناية الإسلام بالنسب من حيث الوجود والعدم.

المطلب الأول: تعريف النسب**الفرع الأول: تعريف النسب لغة**

ورد تعريف النسب في لسان العرب على أنه (القرابة، فلان يناسب فلان فهو نسيبه أي قريبه، وقيل أن القرابة في النسب لا تكون إلا للآباء خاصة) باعتبار أن الإنسان ينسب إلى أبيه خاصة .

وأما تعريفه في المعجم الوسيط فجاء على أنه الالتصاق في بني فلان أي قرابته فهو منهم ونقول انتسب إلى أبيه أي التصق به ونسب الشيء إلى فلان أي عزاه إليه.⁽¹⁾

والنسب لغة مفرد جمعه انساب، والنسب القرابة، وقيل القرابة في الآباء خاصة، ويكون النسب بالآباء ويكون إلى البلاد ويكون في الصناعة.⁽²⁾

ويظهر من التعاريف السابقة أن النسب في اللغة يطلق على معان عدة منها القرابة والالتصاق والانتماء وجميع هذه المعاني مقصودة في موضوعنا هذا لأن النسب هو قرابة و التصاق وانتماء بين الآباء والأبناء .

الفرع الثاني: تعريف النسب اصطلاحاً:

لم يهتم الفقهاء بوضع تعريف محدد للنسب بل تحدثوا عن مسائله وعالجوا قضاياها ، دون تحديد لمعناه اكتفاء منهم ببيان أسبابه الشرعية ، ولذلك جمعوا فيه مسائل تتصل بالقرابة والمصاهرة لهذا نجد جانبا من الفقهاء والمتقدمين يعرف النسب بأنه القرابة وهي تعني اتصال بين إنسانين أو شخصين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة. وعرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه.⁽³⁾

وهكذا نجد تعريف النسب في الاصطلاح لا يتعد كثيرا عن معناه اللغوي فهو يدل أيضا على القرابة وهكذا يمكن تعريفه بأنه صلة شخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم.

الفرع الثالث: تعريف النسب في القانون

النسب هو العلاقة القانونية بين شخصين ينحدر أحدهما من الآخر كالأب والابن والجد والحفيد في قرابة الأصول والفروع المباشرة وينحدر من أصل واحد كالإخوة وأولاد العم في قرابة الحواشي وتكون القرابة شرعية أو طبيعية.⁽³⁾

وقد عرفه الأستاذ غوثي بن ملحّة بأنه: " رابطة الدم والقرابة التي توجد بين شخصين حيث أحدهما من الولد أو الوالد للآخر"

أما المشرع الجزائري فقد حدد في التقنين المدني المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك (م 32 ق.مدني) وقد ميز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة التي تتمثل في الصلة ما بين الأصول والفروع ، وقرابة الحواشي وهي يقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر (م 33 ق.مدني)⁽⁴⁾

1 . د/ محمد الشناوي . مرجع سابق ص 193 .

2 . د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي . مرجع سابق ص 636

3- د/ إقورفة زوييدة . مرجع سابق ص 25.

4- أ.ة طفلياني مخطارية . مرجع سابق ص 04.

المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب

تظهر عناية الإسلام بالنسب من خلال أهميته وكذا طرق حفظه لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أهمية النسب في الشريعة الإسلامية

باعتبار رابطة النسب من أسمى الروابط الإنسانية وأقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، لذلك اهتمت بها الشريعة الإسلامية وأولتها عناية فائقة حفظاً ووقاية وعلاجاً وجعلتها من الضروريات الخمسة، ومن مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب.⁽¹⁾

1. جعل الله سبحانه وتعالى النسب من النعم التي أمتنى بها على عباده وآية من آيات الله الدالة على عظيم قدرته وجليل علمه وحكمته⁽²⁾ كما قال تعالى: " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا "⁽³⁾

2. لم يقتصر حفاظ الإسلام على الأنساب القادمة بل حافظ على الأنساب التي ننحدر منها لنعرف أصلنا، وأصل غيرنا ليكون التلاقي والتراحم والتعاون. قال تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ "⁽⁴⁾ . وقد برزت عناية الإسلام بالنسب في ناحيتين :

الأولى: تعاليمه وتشريعاته: فقد حرم الله عز وجل عقوق الوالدين فقال تعالى: " وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا " ⁽⁵⁾ وما رواه عبد الرحمن بن أبي بكره عن أبيه رضي الله عنه ، قال قال النبي صلى الله عليه وسلم : " ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قالوا أنبئنا يا رسول الله قال : الإشراف بالله وعقوق الوالدين " ⁽⁶⁾

الثانية : من ناحية الفطرة : كما بث فينا روح الانتماء إلى الآباء والقبيلة والعشيرة والغضب عند النيل منهم وهذا شيء فطري لكن الإسلام هذب هذا الانتماء ونظمه للابتعاد به عن العصبية، الجاهلية، وأما الافتخار بالنسب والانتساب إلى الأجداد و التحدث عن فضلهم دون تفاخر على أحد فقد فعله رسول الله كما قال في حنين في الحديث الذي رواه البراء بن مالك رضي الله عنه : أنا النبي لا أكذب أنا عبد المطلب.⁽⁷⁾

1- د/ خليفة علي الكعبي . مرجع سابق ص 157.

2- ناصر عبد الله الميمان . مرجع سابق ص 196.

3- سورة الفرقان الآية 54

4- سورة الحجرات الآية 13

5- سورة الإسراء الآية 23.

6- رواه الإمام البخاري صحيح البخاري كتاب الأدب باب عقوق الوالدين ج 8 ص 4 حديث رقم 5976 ومسلم ابن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري

صحيح مسلم تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي بيروت كتاب الإيمان باب بيان الكبائر وأكبرها ج 1 ص 91 حديث رقم 87.

7- أخرجه البخاري . صحيح البخاري كتاب الوصايا باب بغلة النبي (ص) البيضا ج 4 حديث رقم 2874 .

3. حفظ النسب من مقاصد الشريعة: جعلت الشريعة الإسلامية النسب من مقاصد الشريعة

الإسلامية الكبرى و الكليات الخمس التي جاءت للحفاظ عليها وعدته مقصدا شرعيا يفضي إلى حفظ المجتمع ليكون المنبت الصالح الذي يحتضن أبناءه ويرعاهم رعاية تمتد من الولادة لتشمل كل مراحل النمو السوي والتربية النفسية والفكرية والأخلاقية وهذه الرعاية بأبعادها المختلفة تدخل تحت مسمى حفظ النسل.

4. النسب تتعلق به حقوق مشتركة: فيدخل فيه حق الله تعالى وحقوق أطراف النسب وهم الأب

والأم والولد، فتعلقه بحقوق الله لكونه يتصل بجرمان أوجب تعالى رعايتها كمنعه للتبني حيث قال تعالى :

ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ^{٥٠٦٦} .» أما وجه كونه حقا للأب فلأنه يترتب على ثبوت نسب الطفل من

أبيه ثبوت ولايته عليه وثبوت ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له وثبوت حق التوارث بينهما إن مات الولد قبله وأما وجه كونه حق للأم فلأن في إثبات نسب الولد من أمه درءا لتهمة الزنا عنها ودفع العار عنها وعن أسرتها ولئلا تعبر بولد ليس له أب معروف . وأما وجه كونه حق للولد فلأنه يترتب له حقوق اتجاه والديه

بينها الشارع كحق النفقة والحضانة والإرث ولدفع العار عن نفسه بكونه ولد زنا .

الفرع الثاني: رؤية التشريع الإسلامي في النسب بينها من حيث الوجود والعدم. أولت الشريعة

الإسلامية موضوع النسب عناية خاصة وأحاطته بسياج منيع من الأحكام البالغة الأهمية لضمان إثباته وحفظه وجودا وعدما. إذ هو أحد الكليات الخمس التي عليها مدار الشريعة وهي: الدين، النفس، النسل، والعقل، المال .

أولاً: من حيث الوجود: لقد شرع الزواج ورغب فيه واعتبره السبيل الاسمي والمشروع لإيجاد الذرية وانتفاء

النسل كما ضبط أركانه وحدد شروطه وفصل أحكامه حتى لا يترك لأهواء الناس ونزعات النفس. فعن عبد الله قال : قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : " يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ " ^(١) وعن أبي هريرة قال: قال الرسول (ص) : " (ثَلَاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ عَوْنُهُمْ : الْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمُكَاتِبُ الَّذِي يُرِيدُ الْأَدَاءَ، وَالنَّاكِحُ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَافَ" ^(٢) ولقد جعل الشرع الزواج يقوم على التأييد والدوام والتنجيز ، حتى يقطع الطريق أمام التلاعب بالأعراض ، وحتى ينشأ الأولاد في أحضان والديهم وفي كنف أسرة مستقرة تظللهم بالحنان والأمان ، ولعظمة شأنه وعلو قدره ومكانته جعله القرآن " ميثاقا غليظا " تتحمله الضمائر التي تعرف معنى الميثاق ومسؤوليته .

1- أخرجه البخاري محمد ابن إسماعيل في صحيحه باب من لم يستطع الباءة فليصم ج 7 ص 3 حديث رقم 5066.

2- أخرجه الترمذي محمد بن عيسى في سننه . تحقيق كمال يوسف الحوت (ط - بلا) بيروت : دار الكتب العلمية (د. ن) كتاب فضائل الجهاد باب ما جاء في

الجهاد والنكاح والمكاتب وعون الله إياهم حديث رقم 1655 ح 4 ص 157 واللفظ له قال أبو عيسى هذا حديث حسن .

والزواج في الشريعة الإسلامية لا يتم إلا بولي وشهود ويجب الإعلان عنه وتوثيقه لما في ذلك من حفظ للحقوق وخاصة الحقوق المتعلقة بالمرأة والطفل .

ويترتب عن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية حقوق متبادلة بين الزوجين درج الفقهاء على تسميتها بالحقوق الشخصية كحق الاستمتاع وحسن المعاملة وحرمة المصاهرة وحق التوارث وانتساب الأولاد .⁽¹⁾

. ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب أنه شدد النكير وبالع في التهديد للآباء والأمهات حين يقدمون على إنكار نسب أولادهم الثابت ويتبرؤون منهم ، أو حين ينسبون لأنفسهم أولادا ليسوا من صلبهم وفي هذا يقول الرسول (ص) : " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين وأيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله من شيء ولن يدخلها الجنة " وحرم الإسلام الانتساب إلى غير الآباء حيث قال عليه الصلاة والسلام في معرض التحذير من ذلك : " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام " .

وحفاظا على النسب ونقائه أبطل الإسلام التبني وحرمه ، واستبدله بنظام الكفالة لحماية شريحة الأطفال الأيتام ومجهولي الأبوين ، وجعل جزاء كافل اليتيم مصاحبة نبي الأمة في الجنة . فعن سهل قال : قال رسول الله (ص) : " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة الوسطى وفرج بينهما شيئا "

. كما حرم الإسلام الزنا لما فيه من حرمة وخطورة على العرض والشرف والذي هو أي العرض من مقاصد الشريعة الخمسة وتنبهها لذلك قال تعالى : " وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا " ⁽²⁾ وقرر الشرع لفاعله مائة جلدة لغير المحصن والرجم للمحصن .

ثانيا: من حيث العدم : وحفظا للنسب من الإهدار والضياع ، رتب الشارع الحكيم جملة من الأمور .

1- في سبيل المحافظة على الأنساب من الضياع ألغت الشريعة الإسلامية كل الانكحة الباطلة التي كانت سائدة في الجاهلية كنكاح الشغار ونكاح المتعة أو الاستبضاع وألغت كل عقد خارج إطار العلاقة الشرعية وأوجبت الحد على ارتكاب الفاحشة . وبالمقابل نجد الشرع الحكيم قد سد كل الدرائع والمنافذ التي تفضي إلى الوقوع في الحرام ، والذي هو الطريق الأول لتضييع الأنساب بالنهي عن كل ما يقرب من الفاحشة و يمهدها .

1- وفي مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب يرجى الرجوع إلى كل من: خليفة علي الكعبي . مرجع سابق ص 157 وإمامي حسام الأحمد مرجع سابق ص

38 - 39 والأستاذة بكاي سعاد ص 3 إلى 6. وأشرف عبد الرزاق ويح مرجع سابق ص 10 - 11

2- سورة الاسراء 32

2- تحريم الاختلاط والخلوة بالأجنبية عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سمع النبي (صلى) يقول : " لا يخلون رجل بامرأة ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم" .⁽¹⁾

3- النهي عن التبرج وإبداء الزينة لغير المحارم وفرض اللباس الشرعي
قال تعالى: " وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى خُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرَ أُولِي الإِرَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ" ⁽²⁾

4- تحريم الخضوع بالقول وإطلاق البصر " فلا يخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض وقلن قولا معروفاً . و قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ " ⁽³⁾ وبالإضافة إلى هذه الآداب العامة التي تدخل في المحافظة على الأعراض والأنساب تتجلى أيضا مظاهر اعتناء الشرع بالنسل في الأحكام التالية:
. منع الخصاء والعزل المطلق وكل ما من شأنه أن يقطع النسل .
. تحريم الإجهاض والشذوذ الجنسي. ⁽⁴⁾

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه

الأصل أن الطريق الوحيد لقيام النسب الشرعي هو فراش الزوجية الذي هو تعبير مهذب استعمله الفقهاء للدلالة على المخالطة الزوجية الصحيحة و فراش الزوجية في الحقيقة هو الذي يحتاج الى دليل لإثباته. لكن درج الفقهاء و الباحثون على استعمال عبارة طرق إثبات النسب بدلا من طرق إثبات الفراش ومقصدهم الأدلة التي يستفاد منها على وقوع العلاقة الفطرية المباحة بين الزوجين لان الفراش مظنة. ⁽⁵⁾

1- أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الجهاد والسير باب من أكتب في جيش فخرجت امرأته لحاجة أو كان لها عذر هل يؤذن لها حديث رقم 3006 ج 2 ص 61.

. مسلم في صحيحه كتاب الحج باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره حديث رقم 1341 ج 1 ص 677.

2- سورة النور الآية 31

3- سورة النور الآية 30 - 31.

4- د/ إ أرفوفة زبيدة مرجع سابق ص 30 - 31.

5. د/ أرفوفة زبيدة . مرجع سابق ص 34 - 35.

و عليه تعتبر الولادة السبب الوحيد و الحصري ، لثبوت النسب بالنسبة للمرأة سواء كانت هذه الولادة من زواج صحيح أو من زواج فاسد أو من وطء بشبهة أو حتى من علاقة غير شرعية⁽¹⁾ لذلك فان نسب الولد يثبت من أمه بالميلاد .

عملا بالقاعدة الفقهية **جهالة الأم جهالة واقعية و جهالة الأب جهالة قانونية** و يثبت للولد تبعا لذلك أصول و فروع النسب من جهة الأم.

— وواقعة الميلاد من جهة الأم معلومة في غالب الأحوال لذلك لا يقع فيها نزاع ولا إشكال . أما ثبوت نسب الطفل لأبيه فلا يتم إلا بإحدى الطرق الشرعية أو الطرق القانونية المتمثلة في :

الطرق المنشئة للنسب : والتي تنحصر في الزواج الصحيح كطريق أصلي و مألحق به حكما وهو المخالطة بناء على نكاح الشبهة أو العقد الباطل اللذين يفسخان ولو بعد الدخول طبقا للمادة الأربعين (40) من قانون الأسرة الجزائري.

والطرق الكاشفة عنه: والمتمثلة في البينة و الإقرار والقيافة والقرعة .

ولما كان الأساس في النسب هو إثباته أضحي واجب علينا ان نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في **المطلب الأول :** الطرق المنشئة له .

و في المطلب الثاني : أتناول الطرق الكاشفة له والمتمثلة في البينة والإقرار والقيافة والقرعة و هذا حتى يتسنى لنا استيعاب الطرق الشرعية المعروفة في الشريعة الإسلامية و الطرق القانونية التي ينص عليها المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة.⁽²⁾

المطلب الأول: الطرق المنشئة للنسب : تنحصر الطرق المنشئة للنسب في الزواج الصحيح كطريق أصلي وما ألحق به حكما وهو المخالطة بناء على نكاح الشبهة أو العقد الباطل اللذين يفسخان ولو بعد الدخول وفقا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري .
ولذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين :

1 . سه رك ول مصط فنى أحمد مرجع سابق ص 51

2 . د/ بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2004 ص 190.

الفرع الأول: الزواج الصحيح (الفراش) وشروط إثبات النسب به :

ثبوت النسب بالفراش كما ذكر ابن القيم في كتابة الشهير زاد المعاد أجمعت عليه الأمة⁽¹⁾، لذلك اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ومثله في الحكم الزواج الفاسد والوطأ بشبهة ينسب إلى زوجها⁽²⁾ لقوله (ص) : " الولد للفراش وللعاهر الحجر . " والمراد به سواء من الناحية اللغوية أو الشرعية أن تكون المرأة حلالا للرجل بناء على عقد زواج صحيح⁽³⁾. ومن أدلة ثبوت النسب بالفراش قوله تعالى : " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ " ⁽⁴⁾

وما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : أختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه وقال بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله (ص) إلى شبهه فرأى شبهها بينا بعينيه فقال : " هو لك يا عبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة لم ير سودة قط . " واشترط العلماء لثبوت النسب بالفراش شروطا خمسة هي :

الشرط الأول: سبق قيام عقد نكاح:

واختلف الفقهاء في هذا الصدد حول كفاية العقد أو وجوب الدخول وإمكانه، فيرى الأحناف أن العقد في حد ذاته كاف لانتساب الحمل إلى الزوج وإن لم يحصل بين الطرفين (الزوج والزوجة) لقاء أو دخول فعلي كأن يكون الزوج مقيما بمكان بعيد يستحيل معه لقاء زوجته والدخول بها أو يكون سجيناً أو أسيراً أو طلقها مباشرة بعد العقد ، لإمكانية الحمل عقلا لثبوت كرامات الأولياء لأن الدخول عندهم أمر ظني فيقام العقد مكانه والعبارة في النسب بالفراش لا بالماء وفي هذا احتياط للولد وعدم ضياعه و ستر على العرض ومنع اللوقوع في مشكلة اللقطاء فإن تيقن الزوج أن الولد ليس منه فله أن ينفيه باللعان. وخالفهم في ذلك الأئمة الثلاثة (المالكية والشافعية والحنبلي) الذين اشترطوا إمكان التلاقي وإمكان الوطء والدخول.

وذهب ابن تيمية إلا أنه لا يثبت فراش الزوجية إلا بمعرفة الدخول المحقق (أي حصول الوطء)

1 . د/ خليفة علي الكعبي . . مرجع سابق ص 169.

2 . د/ حسني محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 697 .

3 . تعريف الفراش للدكتور احمد فراج حسين مشار إليه بمرجع د/ خليفة علي الكعبي ص 171

4 . سورة البقرة الآية 178.

وبرر وجهة نظره بأن أهل اللغة وأهل العرف لا يعتبر المرأة فراشا إلا بعد البناء بها وقد تعرض هذا الاتجاه الفقهي إلى اعتراض الكثير عنه لصعوبة معرفة حصول الوطاء من عدمه لتعلقه بالزوجين فقط وبالتالي تبني رأي هذا الاتجاه قد يؤدي إلى ضياع الكثير من الأنساب لذلك يعلق جمهور الفقهاء الحكم على الدخول الحقيقي أو إمكانيةه ويجعلونه إمارة ظاهرة على قيامها بالمرأة التي تنتقل إلى بيت زوجها ويعاشرها على مرأى ومسمع الناس إذا وضعت مولودا فنسبه إلى هذا الزوج ثابت دونما حاجة إلى طريق آخر لإثباته كالإقرار والبينة. وعلى قول الجمهور درج المشرع الجزائري حينما نص صراحة على شرط إمكانية الاتصال في المادة (41) من قانون الأسرة: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة " (1)

وفي نفس الاتجاه سار المشرع المغربي حينما نص في المادة 154 من المدونة المغربية للأسرة ".....وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا" (2)

. وقد عدل المشرع المصري عن موقفه السابق الذي كان يتفق مع مذهب الأحناف الذين يكتفون في إثبات النسب بالعقد وذلك بعد أن تأكد من فساد أخلاق الكثير من الزوجات اللواتي قمن بإدخال أحمالهن من الفاحشة على أزواجهن وجاءت المادة الخامسة عشر لتمنع ذلك وتقرر (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها منذ العقد) ونفس الموقف اتخذته المشرع الأردني في المادة السابعة والأربعين بعد المائة (147) : (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها منذ العقد)

ومن الملاحظ على التشريعات التي جعلت من إمكانية الاتصال كشرط للحقوق النسب أنها قصدت إمكانية الاتصال لا تحققه الفعلي مادام أن الاتصال الجنسي بين الزوجين مما لا تطلع عليه الناس عادة . (3) وقد أكد قضاة المحكمة العليا في الجزائر شرط قيام الزوجية وإمكانية الاتصال بين الزوجين كدليل لإثبات النسب في عدة قرارات لهم نذكر منها القرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08 والذي جاء فيه : (من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر .) ومن المقرر قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية (08) أيام .

ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينفي نسب الولد بالطرق المشروعة، ولا تأثير لغية الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون. (4)

1- د/ بلحاج العربي . مرجع سابق ص 192.

2- د/ محمد الكشيور . مرجع سابق ص 98 . 99 .

3- أ. سه ركول مصطفى أحمد . مرجع سابق ص 80 - 81.

4- أ. باديس ذياي مرجع السابق ص 16 - 17.

أما الشرط الثاني: أن يكون الزوج ممن يولد لمثله :

أي أن يكون بالغاً على اختلاف بين الفقهاء في تحديد سن البلوغ وإمارته بين فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتمدوا في تحديد البلوغ كمبدأ عام على البلوغ الجنسي الذي يكون بظهور أمارته الطبيعية وهي اثنان يشترك فيها الذكر والأنثى كالإنزال وإنبات شعر العانة (عانة الرجل وعانة المرأة) وتنفرد الأنثى بزيادة الأمور التالية:

الحيض ، الحمل ، والتدبير . واستثناء على المبدأ العام عمد فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحديد اكتمال أهلية الزواج بسن معينة وذلك حين تتأخر الإشارات الطبيعية في الظهور على اختلاف الفقهاء في تحديد مداه حيث حددها الإمام أبو حنيفة بثماني عشرة سنة للفتى وسبعة عشرة سنة للفتاة بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عنهم بخمسة عشرة سنة للفتاة والفتى معا وحددها أخيراً الفقه المالكي بثماني عشرة سنة كاملة لكلا الجنسين .

وبسبب اختلافهم في تحديد سن البلوغ ، اختلفوا في شرعية زواج الصغار وترتب عن هذا الاختلاف ظهور رأيين فقهيين .

الرأي الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ ودليلهم في ذلك قوله تعالى: (وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحْضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ " ويقصد هنا َّ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ " حسب المفسرين ، الفتاة الصغيرة وعلى ذلك يتضح من تحليل هذه الآية أن عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر وبما أنها كذلك وأن العدة لا تكون إلا عن طلاق الذي هو بدوره لا يكون إلا عن زواج صحيح تم الدخول فيه بصاحبته .

الرأي الثاني: هو رأي أقلية الفقهاء ومنهم عبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم والذين ذهبوا إلى منع زواج الصغار منعاً مطلقاً لأن القرآن جعل النكاح للبالغين في قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً .) وقد دلت هذه الآية على أن البلوغ علامة على انتهاء الصغر وهكذا فإن تحديد سن البلوغ بسن معينة مسألة مستحدثة ولا علاقة له بالآراء الفقهية التي قال بها الفقهاء وقد حدد المشرع الجزائري أهلية الزواج في المادة 07 من الأمر 05 - 02 بتمام 19 سنة كاملة للرجل والمرأة وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل أحكام البلوغ منوطة بحقيقته بل أناطها بسن معينة من عمر الإنسان⁽¹⁾ .

1- د/ تشوار حيلاني . الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية . ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون . الجزائر طبعة 2001 ص

وبناء على ماتقدم فإن الفقهاء الذين قالوا بأن البلوغ يتحدد بسن معينة قالوا أيضا بأن النسب دون هذه السن لا يلحق أي لانسب لمن لم يبلغ سن البلوغ. وعلى عكس المذهب الثاني الذين ربطوا البلوغ بظهور إمارته كالاحتلام وإنبات الشعر وتغيير نبرة الصوت فإنهم لم يلتزموا بسن معينة وقرروا إلحاق نسب البالغ به حتى ولو لم يبلغ السن المحددة لذلك وبهذا الرأي قال الظاهرية. ولما كان هذا الشرط " ممن يولد لمثله" تتعلق به بعض المسائل الفقهية كالعينين والمحبوب والخصي ارتأيت من الضروري الإشارة إليها ولو بإيجاز مقتضب .

. فالعينين: هو من لا يقدر على الجماع لمرض أو كبر سن وشرعا هو من لا يقدر على جماع فرج زوجته هذا عند الحنفية ، وعند المالكية هو الذي له ذكر لا يتأتى الجماع به للطافته وامتناعه عند الجماع . أما عند الشافعية فهو العاجز عن الوطء في القبل خاصة للين ذكره وانعطافه وعند الحنابلة هو العاجز عن الإيلاج وبشأنه هناك شبه إجماع بين الفقهاء ويقضي بثبوت نسب الولد منه .

. وأما عن المحبوب: وهو الذي استؤصل ذكره وخصيته فقال الفقهاء عنه أن النسب يثبت له فيما لو جاءت بالولد في سنتين لأن خلوة المحبوب توجب العدة لأن ثبوت النسب من المحبوب لا يدل على الدخول لأنه لا يتصور منه حقيقة وإنما يقذف بالماء فكان العلوق بقذف الماء .

. وأما الخصي: فهو من نزعت خصيته وبقي ذكره والجمع خصيتان والخصيتان بالتاء هما البيضتان . وقد خصه البرخسي فقال: (والخصي كالصحيح في الولد والعدة لأن فراشه كفراش الصحيح وهو يصلح أن يكون والدا والوطء منه يتأتى)⁽¹⁾

ومناط اختلاف الفقهاء هو اختلافهم على مسألة إمكانية وصول ماء الرجل إلى المرأة على جهة يحدث معها الحمل أولا ، فمن تصور إمكان دخول الماء دون إيلاج في صورة من الصور أثبت النسب فيها ، ومن لم يتصور ذلك في صورة من الصور لم يثبت النسب . وهذا يؤكد إذا حدث اليقين بعدم وصول الماء لم يثبت النسب .⁽²⁾

الشرط الثالث: أن يولد الولد بين مدتي الحمل المقررتين شرعا :

لإعمال الأصل الشرعي (الولد للفراش) وضع فقهاء الشريعة الإسلامية حدا أدنى وحدا أقصى لمدة الحمل . أما بالنسبة لأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر (06) باتفاق الفقهاء⁽³⁾ على أنها ستة أشهر قمرية و دليل ذلك الجمع بين الآيتين الكريمتين. الأولى قوله تعالى : " وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۚ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۚ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا "⁽⁴⁾

1- د/ خليفة علي الكعبي . مرجع سابق ص 194 - 199.

2- د/ مازن اسماعيل هنية و د/ أحمد ذياب شويديح . البحث السابق الإشارة إليه ص 11.

3 - بدائع الصنائع ج 3 ص 211. المهذب ج 2 ص 143 السنن الكبرى للبيهقي ج 2 ص 442 القناع ج 5 ص 479 عائشة الدسوقي ج 2 ص 474 .

4- الآية 14 من سورة الأحقاب.

والثانية قوله تعالى: "و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة" (1) ذلك أن نطرح مدة الفصال المضمنة في الآية الثانية و هي عامين من مدة الحمل والفصال المضمنة في الآية الأولى و هي ثلاثون شهرا يبقى أقل مدة الحمل ستة أشهر خالصة (2)

مع ملاحظتين في هذا الشأن الأولى ما قاله البعض بان الولادة لسته أشهر نادرة جدا.

أما الملاحظة الثانية فهي ما اجمع عليه فقهاء المالكية من انه في حكم الستة أشهر ما نقص عنها بيسير (قليل) كأربعة أيام أو خمسة لأنه لا يتوالى أربعة أشهر على النقص فيمكن أن تتوالى ناقصة و الشهران الباقيان بعد الرابع التام ناقصان أيضا أما إذا كان النقص ستة أيام فالذي عليه الأكثر و هو الصحيح ، انه لا يكون حكمه حكم الستة . (3)

وفي هذا الصدد ، تروي كتب الفقه أن رجل تزوج امرأة فولدت بعد ستة أشهر من إبرام عقد الزواج فهم **الخليفة عثمان رضي الله عنه** الى توقيع الحد عنها برجمها ، فعارضه ابن عباس قائلا: لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم فإن الله تعالى يقول : " و حملة وفصاله ثلاثون شهرا" و يقول : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين" وهكذا درء الخليفة عثمان رضي الله عنه الحد عن هذه الزوجة و اثبت نسب الولد من الزوج. (4)

كما ورد أن امرأة وضعت حملها لسته أشهر بعد زواجها فهم **الخليفة عمر بإقامة الحد عليها** فنبهه علي بن أبي طالب إلى الآيتين : " وحملة وفصاله ثلاثون شهرا" و " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين" فدل ذلك من تلك الواقعة أصبح هذا الاجتهاد محل إجماع و عمل مستقر عليه عبر العصور . "فالآيتان الكريمتان تؤكدان أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهرا فإذا تم طرح مدة الرضاع أي عامين كاملين بقيت مدة ستة (06) أشهر وهي أقل مدة للحمل ، وهي المدة التي أكدها العلم الحديث وأيدها وجعلها مدة كافية لتنمية أعضاء الجنين وتكوين نشأته وبإمكان أمه أن تضعه ويكون قابلا للحياة شأنه في ذلك شأن بقية المواليد. والمدة الدنيا هي محل اتفاق بين أهل الطب و أهل الفقه وهي أيضا ما استقر عليه القانون الوضعي في كل الدول العربية و الغربية منها المادة 42 من ق الأسرة الجزائري و المادة 128 من ق. ش.أ السوري والمادة 154 من مدونة الأسرة المغربية و المادة 312 من القانون المدني الفرنسي .

1- الآية 213 من سورة البقرة .

2 د/محمد الكشيور. مرجع سابق ص 86 .

3- د/ محمد أبو زيد .البحث السابق الإشارة إليه ص245 .

4- ورد ذكر هذه الواقعة في مرجع الدكتور أفورقة زوييدة السابق الإشارة اليه في الصفحة 41

لذلك فإذا حدث و أن وضعت المرأة مولودا قبل ستة (06) أشهر من البناء بها لم يثبت النسب لزوجها صاحب الفراش لتيقن أن العلوق كان من ماء غير ماء الزوج مثل الدخول بها ، وينتفى عنه النسب دون حاجة إلى اللعان لقيام القرينة على ذلك .

. وحتى من الناحية العملية فان موظف الحالة المدنية ملزم قبل تسجيل المواليد الجدد في السجلات الرسمية ، التأكد من تحقق هذا الشرط بمقارنة تاريخ العقد بتاريخ الوضع فان كان اقل من ستة أشهر امتنع عن تسجيله على لقب الزوج و كان المولود معلوم الأم و مجهول الأب و تخضع لأحكام المادة (64) من قانون الحالة المدنية الجزائري .

وإذا كان الإجماع حاصلًا بالنسبة للمدة الدنيا للحمل وهي ستة (06) أشهر فإن الخلاف هو العنوان بخصوص الحد الأقصى لمدة الحمل وقد انقسمت أقوال الفقهاء بهذا الشأن إلى ثلاثة آراء.

حيث ذهب الرأي الأول: أن أقصى مدة الحمل هي تسعة (09) أشهر وقال بهذا الرأي داود الظاهري وابن حزم الظاهري واستدلوا لرأيهم بما رواه البهقي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت فلنجلس تسعة (09) أشهر حتى يستبين حملها فإن لم يستبين حملها في تسعة (09) أشهر فلتعتد بعد التسعة (09) أشهر ثلاثة أشهر عدة التي فقدت الحيض.

بينما ذهب الأحناف أن أقصى مدة الحمل هي سنتان كاملتين وإلى هذا ذهب السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها واستدلوا لرأيهم بما رواه البهقي والدارقطني عن داود بن عبد الرحمن عن ابن جريح عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: " ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل".

في حين ذهب الشافعي إلى تحديد أقصى مدة الحمل بأربع سنوات وحددها مالك بخمس سنوات واستدلوا لرأيهم بما رواه البهقي عن داود بن رشيد قال: سمعت الوليد بن مسلم يقول: قلت لمالك ابن أنس أي حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لا تزيد المرأة على حملها سنتين قدر ظل المغزل فقال سبحانه الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن أربعة سنين.

ويبدو لي أن أنسب الأقوال في تقدير مدة الحمل القصوى هو قول الإمام محمد أبو زهرة على هذه التقديرات حيث قال : " والحق في هذه القضية أن هذه التقديرات لم تبن على النصوص بل على ادعاء في الوقوع في هذه المرء وأن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الواقع ما يؤكد التقادير بخمس ولا أربع ولا ستين وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر وقد يوجب الاحتياط لتقديره بسنة " .

ومنشأ هذا الخلاف في تحديد المدة القصوى للحمل يرجع إلى أن المسألة لم يرد بشأنها نص في القرآن والسنة لذلك جاءت أقوال الفقهاء متباينة تعكس ثقافة عصرهم .

ولكون المسألة طبية بحتة وجب احترام رأي الأطباء في هذا الخصوص والتي تشير أن مدة الحمل الطبيعية هي **280 يوم** تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة الحامل وبما أن الحمل يحدث عادة في اليوم الرابع عشر أو الخامس عشر من بدء الحيض فإن مدة الحمل الحقيقية هي : **280 يوم . 14 يوم = 166 يوم** . وهي مدة متوسطة بين أنواع النساء وتوافق تسعة أشهر قمرية وهذا ما يؤيد الواقع عند كل امرأة حامل في هذا العصر ويؤكد الأطباء إلى إمكانية تأخر الحمل بأسبوع أو أسبوعين أو شهر فقط وأن نسبة وفاة المواليد عند الميلاد تزيد وتتضاعف

فيما إذا تأخرت مدة الحمل عن **42 أسبوع** ، وذلك بسبب تلف المشيمة وإذا تأخر الحمل عن تسعة أشهر فإن المشيمة تكون فيها رصيد من الغذاء يكفي الجنين لمدة أسبوعين وبعد ذلك لا يجد الجنين ما يتناوله فيدخل في مجاعة الأمر الذي يؤدي إلى وفاته ومن النادر أن يعيش الجنين أكثر من خمسة وأربعين أسبوع وهذا ما جعل الأطباء متفقون أن أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر .

و الخلاف الفقهي في تحديد أقصى مدة الحمل ، انعكس أيضا على المشرع الوضعي الذي تشعبت آراؤه و تباينت تشريعاته الأسرية في هذا الموضوع ، فالمشرع الجزائري حددها في المادة 42 من قانون الأسرة بعشرة (10) أشهر و اعتبر بذلك من التشريعات القليلة التي نزلت في أقصى مدة الحمل عن سنة، بينما حددها كل من التشريع الفرنسي والكويتي و المصري و السوري بسنة شمسية أو قمرية على اختلاف بين هذه التشريعات في ذلك .

و أشير أن أقصى مدة الحمل تراعى عند إنهاء العلاقة الزوجية القائمة ابتداء من يوم الوفاة الحقيقية أو الحكمية أو من تاريخ التصريح بفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع .
و يشترط لثبوت النسب بالفراش توافر الشروط المذكورة آنفا و أن لا ينفي الزوج الحمل أو المولود باللعان .

أما عن الشرط الرابع: إثبات النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية :

من المعلوم أن الرابطة الزوجية في القانون الجزائري تنحل بصورتين هما الطلاق مهما كانت صورته أو بوفاة الزوج . وفي الحالتين لا تأثير على نسب الولد إن حلت الرابطة الزوجية بإحدى الصورتين مادام الحمل يأخذ مداه الأدنى والأقصى .

. فالمادة **43** من قانون الأسرة تؤكد أن نسب الابن يكون لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .⁽¹⁾ وبحث مسألة نسب المولود الذي يأتي بعد الطلاق أو الوفاة في حقيقة الأمر هو امتداد لشرط المدة في الفراش الصحيح .

ولإعمال قاعدة مدتي الحمل المقررتين شرعا وقانونا، يجري العمل على التمييز بين نسب المولود بعد الفقرة ونسبه بعد الوفاة .

فبشأن نسب المولود الذي يولد بعد الفقرة يجب التمييز بين :

نسب المولود الذي يوضع قبل الفقرة والدخول : فإذا حدث وأن جاءت المرأة بالولد بعد الطلاق وقبل الدخول بها ، فإن النسب يثبت من المطلق متى كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر ، وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق فيكون الولد للفراش ، ولا ينتفي النسب في هذا الفرض إلا باللعان ، أما إذا جاءت به بعد مضي ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق فإن النسب لا يثبت وأساس عدم ثبوته في هذا الفرض هو أنه لا يصح ثبوت النسب إلا بعد التيقن من أن الحمل من هذا الزواج وهذا التيقن منتفي لأن الولادة قد حدثت بعد مضي فترة من الطلاق دون دخول بحيث تكفي هذه المدة للظن بأن الحمل جاء من غير الزوج ، ولكون الأمر ظني لا يقيني فقد أقر الفقهاء بأن نسب الولد يثبت إذا ادعاه الزوج ويحمل ذلك على أنه اتصل بزوجه بناء على شبهة ، فالنسب أمر يحتاط في إثباته بقدر المستطاع صونا للعرض وحماية للولد من الضياع ، إلا أن مذهب الجعفرية لا يقر إثبات النسب إذا جاء الولد بعد الطلاق دون دخول ، فالنسب لا يثبت عندهم إلا بالدخول المحقق ومضي المدة المحددة للعمل وهي ستة أشهر من حين الوطء ، وإذا اختلف الزوجان في زمن المقاربة وكانت هناك وقائع وقرائن تدل على قول الزوجة أو على قول الزوج عمل بحسبها أما إذا فقدت الأدلة واشتباه الحال أخذ القاضي بقول الزوجة بعد أن يحلفها اليمين على أنه قاربها منذ ستة أشهر وألحق الولد بالزوج .

1- أ. باديس ذياي مرجع سابق ص 32.

نسب المولود الذي يوضع بعد الفرقة وبعد الدخول: حتى يثبت نسب المولود بعد الفرقة وبعد الدخول يجب أن يكون قد ولد خلال مدة معينة ، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد سريانها ، ومرد الاختلاف هو التمييز بين نوع الفرقة من عدمه .

فالفقهاء الذين لا يميزون بين نوع الفرقة وهم جمهور الفقهاء يذهبون إلى القول أنه لا فرق بين ولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها ، ولا بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا ولا بين أن تكون العدة واجبة أم غير واجبة فمتى كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدة للحمل ، فإن النسب يثبت من المطلق أو من الزوج المتوفي ولا ينتفي إلا باللعان .

أما إذا كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة أكثر من الحد الأقصى لمدة الحمل فلا يثبت النسب ، وينتفي تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان .⁽¹⁾

وهذا هو المعمول به في القانون الجزائري لأن المادة 43 من قانون الأسرة نصت على : "أن ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. "وعلى هدي أحكام هذه المادة سارت المحكمة العليا بمناسبة طرحها للعديد من قراراتها فقد جاء في قرارها :

" من المقرر شرعا أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ، و أن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة هي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". ومتى تبين من قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين ، وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43 - 60 من قانون الأسرة ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعيا وثبت نسب التوأمين لأبيهما ، لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعنة ، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا .⁽¹⁾

وفي قرار آخر حسم قضاة المحكمة العليا مسألة الانفصال والطلاق بقولهم " أنه ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا ، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق . وفي معرض تأسيسه ذكر القرار أن الطرفين المتخاصمين تزوجا بعقد رسمي مؤرخ في 18/01/1998 وأن العلاقة الزوجية انتهت بينهما بحكم مؤرخ في 16/11/1998 وأن الولد (هـ) ولد بتاريخ 21/02/1999 أي بعد عدة أشهر من الطلاق أي خلال المدة المحددة والأوضاع المبينة بالمواد 41 - 42 و 43 من قانون الأسرة وهو ما عبر عنه قضاة الاستئناف ونوهوا عنه في حشيتاتهم لما قالوا : أن الولد (هـ) حملت به أمه خلال العلاقة الزوجية فهو للفراش ، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن غير مؤسس واستوجب رفض الطعن .

1- د/ محمد محمد أبو زيد البحث السابق الإشارة إليه ص 250 . 258.

2. قرار المحكمة العليا رقم 343 76 مؤرخ في 16/07/1990 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث ص 75

وهو المعمول به أيضا في مصر بموجب القانون رقم 25 لسنة 1929 حيث لم يفرق القانون المصري في الحكم الذي قرره المادة 15 منه تبعا لنوع الفرقة ، فسواء كانت بالوفاة أو الطلاق الرجعي أو البائن أو الفسخ ثم ولدت الزوجة وكذا لأقصى مدة الحمل وهي (سنة) ثبت ولدها من الزوج وإذا ولدته بعد مضي أكثر من سنة لا يثبت نسبه من الزوج .⁽¹⁾

ونفس الحكم أخذ به المشرع المغربي في المادة 2/154 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت: يثبت نسب الولد بفراش الزوجية .

1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا.

2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق .⁽²⁾

. وهناك اتجاه فقهي يتزعمه الحنفية ، يرى أن ثبوت نسب الولد يتوقف على ولادته خلال مدة معينة إلا أن هذه المدة تختلف في قدرها وفي بدء سريانها باختلاف نوع الفرقة وتبعا لوجوب العدة من عدمه وعلى هذا فقد ميزوا بين نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا وبين نسب ولد المطلقة طلاقا بائنا .

ومعلوم أن الطلاق الرجعي هو الذي يمكن للزوج مراجعة زوجته فيه دونما حاجة لعقد ومهر جديدين فيمكنه بمجمعتها لذلك فإنه إذا جاء الولد خلال فترة العدة دون إقرار الزوجة بانقضاء مدتها يثبت النسب من الزوج المطلق سواء أتته الزوجة من مدة الحمل أو لأقصاها .

أما إذا جاء الولد بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصيا فعلى أن نميز بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا وضعت مولودها بعد انقضاء المدة الدنيا للحمل (06 أشهر) من إقرارها ففي هذه الحالة لا يلحق نسب المولود بالمطلق لاحتمال أن يكون من رجل غيره .

الحالة الثانية: إذا جاءت بالمولود قبل انقضاء المدة الدنيا للحمل من إقرارها في هذه الحالة يلحق نسب المولود بالمطلق ، على أن لا تتجاوز المدة بين الطلاق ووضع الحمل المدة القصوى للحمل (10 أشهر) لأنه إذا جاءت به بعد انقضاء المدة القصوى للحمل يثبت أن إقرارها بانتهاء العدة كان كاذبا لكونها كانت حاملا وانقضاء العدة يكون بوضع الحمل .

1- القانون 25 لسنة 1929 في مادته 15 مشار إليه في بحث د / محمد محمد أبو زيد

2- د / محمد محمد أبو زيد بحثه السابق الإشارة إليه ص 259.

وفي الطلاق البائن يحرم على الزوج معاشرته زوجته أو أن يطأها أي رجل آخر خلال فترة العدة ، فيثبت نسب الولد للزوج المطلق إذا جاء المولود خلال مدة العشرة أشهر من تاريخ الطلاق لكن إذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمل تصديقها وجاءت بالطفل لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار لا يثبت للمطلق .

أما بشأن إثبات النسب بعد وفاة الزوج : حسب المذهب الحنفي يثبت نسب ولد المتوفي عنها زوجها في حالتين :

. إذا أقرت بانقضاء العدة وتوافر الشرطان الاتيان:

الشرط الأول: أن تكون المدة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة أقل من ستة أشهر . وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل انقضاء العدة أو وقتها إذ يعد ذلك إمارة على أن الحمل حدث من الزوج ، أما عن إقرارها بانقضاء عدتها فلا يعتد به ، لأن ثبوت أنها حامل وقت العدة أو قبل انقضائها قد تبين كذبها فيه ، أو أنها مخطئة في التقدير و عليه يعد الإقرار باطلا ومن ثم لا يعمل به .

الشرط الثاني: أن تكون المدة المنقضية من تاريخ الطلاق أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصى مدة الحمل . وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق ، وهذا يؤكد أن الحمل وقع وقت كانت تحل لزوجها أن يتصل بها وهذا يعد إمارة على حدوث الحمل من الزوج فيحكم ثبوت النسب احتياطيا . فإذا انتفى أحد هذين الشرطين ينتفي النسب تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان .

. لهذا وفي معرض حديثه عن المادة 43 من قانون الأسرة والتي حددت حكم المطلقة أو المتوفي عنها زوجها على أنه يثبت ولدها إذا ولدته خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة دون أي تمييز بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا .

أشار الدكتور بلحاج العربي إلى ضرورة إجراء التمييز في هذا الموضوع لأن فقهاء الشريعة الإسلامية فرقوا بينهما .⁽¹⁾

أما الدكتور محمد أبو زيد وبعد مقارنته بين القانونين المصري والكويتي بشأن هذا الموضوع اتضح له أن القانون الكويتي قد أخذ باتجاه الحنفية القائم على التمييز تبعا لنوع الفرقة ، عكس القانون المصري الذي أخذ باتجاه الجمهور في وضع حكم موحد لجميع حالات الفرقة .

ولاحظ أن هذه الأحكام المعمول بها في القانونين مازالت تطرح بعض المشكلات لكون هذه الأحكام لم تقض على مشكلة ضياع الأولاد واختلاط الأنساب واقترح كحل لذلك تحول المشرع من إتباع أسلوب القرينة القاطعة إلى أسلوب القرينة البسيطة ، لتمكين الطرف المتضرر من اللجوء إلى الطرق العلمية التي يمكن بها أن يعيد التوازن بين الرجل والمرأة في هكذا دعاوي .⁽²⁾

1- د/ بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 193

2. د/ محمد أبو زيد البحث السابق الإشارة إليه ص 262 - 264.

الشرط الخامس : إثبات نسب الطفل الناتج عن طريق التلقيح الاصطناعي :

لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مشروعية التداوي من الأمراض و العلل التي تعكر صفو حياة الإنسان و تسبب له ضررا ماديا أو معنويا سواء كانت أمراض عضوية أو نفسية والتي يدخل ضمنها العقم و نقص الخصوبة . و لكون التلقيح الاصطناعي يعد وسيلة طبية حديثة في علاج العقم و القضاء على أسبابه تلقته الأوساط العلمية بالقبول من خلال ثبوت فعاليتها في الممارسة الطبية ، و لقدرة الفقه الإسلامي على استيعاب كل المستجدات التي تظهر في كل زمان و مكان بفضل سعة قواعده و عموم نصوصه و ثبات مقاصده⁽¹⁾. تمكن فقهاء الشريعة الإسلامية و بناء على طرق إثبات النسب المستقر العمل بها من تحديد نسب المولود الناتج عن عمليات التلقيح الاصطناعي ، باختلاف ما إذا ولد هذا الولد من زوجين على قيد الحياة و تربطهما علاقة زوجية ، أو كان قد ولد من زوجين لا تربطهما هذه العلاقة سواء كان انقطاع هذه العلاقة بالوفاة أو بالطلاق.

فبالنسبة للمولود من زوجين على قيد الحياة :

سواء كان التلقيح داخليا بأخذ السائل المنوي من الرجل و تلقيحه ببويضة المرأة داخل رحمها ، أو كان التلقيح خارجيا بطريقة طفل الأنبوب فإن النسب في هذه الحالة يثبت للطفل من جهة الأب والأم وذلك كما يلي :

- 1- أن هذا الفرض لا يثير أدنى مشكلة من ناحية تحديد النسب ، إذ المعتبر في النسب ماء الزوج وماء الزوجة ، وقد ثبت أن ماء يهما هما اللذان أجري بهما التلقيح .
- 2- أن الزوج وإن لم يقر صراحة بثبوت النسب إلا أنه أقر ضمنا برضائه بعملية التلقيح وموافقته على حمل امرأته بهذه الطريقة .
- 3- أن البيئة متوفرة هنا ، إذ الطبيب والقائمون بالعملية وكذلك الإجراءات التي تم اتخاذها بالمركز الذي أجريت فيه العملية كلها أدلة على صحة نسب الطفل إلى والديه⁽²⁾

نسب طفل التلقيح المولود بعد الطلاق أو الوفاة: إذا ولد الطفل بطريق التلقيح الصناعي من زوجين أنقضت علاقتهما الزوجية سواء كان هذا الانقضاء بالطلاق البائن أو بالوفاة بأن يكون لهما رصيد من الأجنة مجمدة في إحدى مراكز التلقيح فإن هذا الولد يثبت نسبه الشرعي من أبويه لتحقيق كونه من ماء يهما ويرى البعض أن هذه المسألة يجب التفريق فيها بين فرضين :

1-د. / زبيدة إقروفة . التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي . دار الهدى عين مليلة الجزائر . طبعة 2010 ص 127.

2-د/ أحمد محمد لطفي أحمد . التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء . دار الفكر الجامعي طبعة 2006 ص 197 – 200.

الفرض الأول: أن تتم العملية بعد انتهاء الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة وتأتي الزوجة بالولد خلال سنة من تاريخ إنقضاء هذه العلاقة وفي هذه الحالة يثبت نسب الولد من جهة أمه سواء كانت معتدة من طلاق أم من وفاة لأنها هي التي حملت وولدت وكذلك النسب من جهة الأب يثبت لأن الطفل ولد على فراش الزوجية أيا كان نوع الطلاق .

الفرض الثاني: أن تأتي المرأة بالولد بعد أكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة وهنا يجب التفرقة بين أمرين : **الأول :** إذا أتت بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق سواء كان رجعيا أم بائنا ، فإما أن ينكره أو يقره فإن أنكره المطلق فلا يثبت نسبه منه وهنا يكفي الإنكار للنسب . أما إذا أقره المطلق ففي هذه الحالة يثبت نسبه منه بإقراره كإقرار الرجل بالولد المجهول النسب غاية ما هنالك أنه يشترط أن لا تكون الزوجة فراشا لزوج آخر . وأن يصدر الإقرار مستوفيا لشروطه ولا أثر لإنكار الورثة لنسب الصغير بعد ذلك .

الأمر الثاني: إذا أتت بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الوفاة فالأمر يتوقف على إقرار ورثة الزوج المتوفى بالنسب أو إنكارهم له ، فإن أقره الورثة فيكون إقرار بنسب فيه تحميل على الغير ويأخذ حكمه وإذا أنكره فلا يثبت نسبه كحالة إنكار الزوج المطلق.⁽¹⁾

الفرع الثاني : إثبات النسب بنكاح الشبهة

تعريف الشبهة : بأنها ما يشبه الثابت و ليس بثابت ، ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص و هو من الأحداث القليلة الوقوع في أيامنا هذه . و الدخول بشبهة على ثلاثة أنواع إما أن تكون شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الفعل.

أولا : شبهة الملك : و تسمى أيضا شبهة الحكم أو شبهة في المحل كأن يشتهب الدليل الشرعي على الرجل فيفهم منه إباحة وطء المرأة في حين انه غير مباح له ذلك و من أمثلتها : أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه ظنا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيا اعتمادا على قول الرسول (ص): “الكنايات راجع” .⁽²⁾

ثانيا: شبهة العقد : حاصله أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية على اعتقاد أنها حل له و هو حل لها ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع مثلا و هو بذلك يشبه العقد الفاسد من حيث أحكامه و آثاره .⁽³⁾

1- د/ أحمد محمد لطفي أحمد . مرجع سابق ص 201.

2- محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعة أولى 1984 ص 362.

3- د/ عبد العزيز سعد . الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري طبعة 1989 ص 214.

ثالثا : شبهة الفعل : و فيها يعتقد الشخص حل الفعل و يظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس ومن أمثلة ذلك أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة ، أو يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له بعد ذلك أنها ليست زوجته .⁽¹⁾ وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب وفي الآخر لم يثبتوه.

ففي شبهة الفعل: يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء في أية حالة من حالاتها وذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق المحل إذ هو لا يثبت بغير الفراش ولبعض الفقهاء اعتراض في شبهة الفعل إذ يقولون في من زفت له غير امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطئها فهي ليست زوجته حقيقة بل أجنبية عنه ومع أن هذا عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للولد الحاصل من وطء فيه .

وفي شبهة العقد : فيها يسقط الحد عن الفاعل وإن قال علمت أنها حرام ويثبت النسب لأن الوطاء تعلقت به شبهة ، أما عند أبي يوسف ومحمد أبو الحسن صاحب أبي حنيفة فإن الحد لازم وكذلك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة وعند الإمام مالك في نكاح المحارم أما من يعقد على أمه أو أخته أو عمته أو ذات رحم محرم منه ويوطأها فإنه يحد كذلك حد الزنا مادام أنه عامد وعالم التحريم ولا يثبت به نسب أما إذا لم يكن عالما بالحرمة فإن الحكم منه عندهما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحد ويثبت النسب .⁽²⁾

أما في شبهة الملك: فإن النسب يثبت للولد الحاصل في الوطاء بناء عليها إن ادعاه الواطئ وذلك لأن الفعل ليس بزنى لوجود الشبهة في المحل ، لأن النسب يحتاط في إثباته وجاء في الجوهرة أن كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه . وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب وفي بعضها الآخر لم يثبتوه ومرد ذلك إلى الحكم به واقعة الدخول هل تعتبر بالزواج الفاسد أو بالباطل وما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة والصداق وحرمة المصاهرة .⁽³⁾

1- محمد محي الدين عبد الحميد .مرجع سابق ص 166

2- عبد العزيز سعد . مرجع سابق ص 214.

3- د/ بلحاج العربي . مرجع السابق ص 196.

. ولما كان الزواج بشبهة يعني كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد . ومن الصور التي ذكرها الفقهاء لنكاح الشبهة .
 . الارتباط بالمرأة التي تدعى انقضاء عدتها وهي لم تنته بعد لتغيظ الزوج الأول .
 . موافقة الزوج لمباته في العدة / . الدخول على غير الزوجة بأن تزف إليه خطأ .
 . الدخول بالزوجة ثم يتبين أنها من المحارم .

. وقد ألحق المشرع الجزائري بنكاح الشبهة كل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد من 32 إلى 34 من قانون الأسرة وهي تشمل :

- . فقدان ركن الرضا الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا . (م 32 ق.أ)
- . تخلف شرط من شروط الصحة كالولي والشهود وانعدام الأهلية (م 33 ق.أ)
- . الدخول بإحدى المحرمات تحريما مؤقتا أو مؤبدا (م 34 ق.أ)
- . اقتران العقد بشرط ينافي مقتضياته (م 32 ق.أ)

. ففي كل الصور المذكورة آنفا وإن اختلف الفقهاء فيما بينهم حول تصنيفها في النكاح الفاسد أو في نكاح الشبهة وبالضرورة الاختلاف في الأحكام التي تترتب على مثل هذه الحالات بين موسع ومضيق بالنظر إلى نية الفاعل وعلمه بالحل والحرمة إلا أن الغالبية منهم على كلمة واحدة بخصوص نسب الحمل الناتج عن هذه العلاقة بغض النظر عن تكييفها الشرعي كعلاقة صحيحة أو فاسدة لا يقرها الشرع ، إذ يفرق وجوبا بين الطرفين ولو افترضنا رغبة الطرفين في الاستمرار معا ، فإنه في كل الأحوال نسب المولود مصان محفوظ لتعلق حق الله تعالى به ، وحق العبد معا ، على أساس أن العلاقة الزوجية التي نتج عنها كانت قائمة على العقد مع حصول ظن حل الفعل أو حل المحل أو كون المسألة خلافية فلهذا الاعتبار يحترم الحمل ويكون ولدا شرعيا بنفس الشروط التي أوردها الفقهاء في الحمل الناتج عن الزواج الصحيح .

وللإشارة فإن المشرع الجزائري يثبت النسب في الزواج الباطل دون تمييز بين الشخص الحسن النية والسيئ النية وقرارات المحكمة العليا بشأن قيد الجهل أو العلم بالحل والحرمة متضاربة ومتناقضة بالإضافة إلى تناقض نص المادتين (40 و 41 ق.أ) حيث سوت الأولى بين الزواج الصحيح والباطل في الوطاء بشبهة في مسألة ثبوت النسب أما الثانية فقد قيدت ثبوت النسب بكون الزواج شرعيا ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وبمفهوم المخالفة انتفائه في الحالات الأخرى .⁽¹⁾

1- د / أقورفة زبيدة . المرجع السابق الإشارة إليه ص 49 . 50.

المطلب الثاني : الطرق الكاشفة عن النسب:

تتمثل الطرق الكاشفة عن النسب في البينة والإقرار والقيافة والقرعة باعتبارها وسائل تنصب على إظهار نسب شخص مجهول فيكشف عنه بهذه الطرق ويصبح علنا ومعتزف به شرعا وقانونا وسأوردنا في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول: البينة.

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا باتفاق العلماء و هي أقوى في إثبات النسب من الإقرار، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره، أما البينة فحجيتها متعددة، لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه وحده بل قد يثبت في حقه وحق غيره.

والبينة مأخوذة من الناحية اللغوية من البيان والوضوح، استبان الصبح وضح وهو على بينة من أمره أي على وضوح وكأن صاحب الحق إذا ما قدم بينة إنما ثبت بها حقه فيزيل ما كان حوله من لبس وخفاء ليتضح أمام الجميع.⁽¹⁾

وفي الاصطلاح الشرعي : هي اسم لما يبين الحق ويظهره والمراد بها الشهادة لأنها تبين ما التبس ، ويكشف الحق فيما اختلف فيه أو الشهود لأن بهم يظهر الحق .⁽²⁾ كما جاء عنها أيضا أنها اسم لكل ما يظهر به الحق سواء كان إمارات أم قرائن أم شهود.

ولذلك يصبح المقصود بها كل حجة أو دليل يؤكد واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الشرعية أو القانونية مما ورد النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية . والبينة التي يثبت بها النسب هي: **الشهادة**: التي تعني في حقيقتها إخبار الإنسان بحق ما لغيره، وهي بهذا المفهوم تخالف الإقرار الذي يعتبر في جوهره إخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه.⁽³⁾ والشهادة واجبة شرعا تطبيقا لقوله تعالى: " ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم"⁽⁴⁾.

والقاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب لدى جمهور الفقهاء هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين⁽⁵⁾ . وأدلة مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع.

1- انظر في التعريف اللغوي للبينة للسان العرب 563/1 والقاموس المحيط 1554/2.

2- وفي التعريف الاصطلاحي للبينة يرجى الرجوع إلى كل من :

د/ محمد بن يحيى حسن نجيمي ، التحليل البيولوجي للجنينات البشرية وحجيتها في الإثبات . بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب العدد 37 مارس 2004 ص 77.

. وانس محمد ناجي . البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب . دار الجامعة الجديدة طبعة 2010 ص 207 .

3- د/ محمد الكشيور . مرجع سابق ص 129-130

4- الآية 283 من سورة البقرة

5- د/محمد الكشيور. مرجع سابق ص 86

أما الكتاب فقد دلت عليها آيات كثيرة منها قوله تعالى:

"واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، ممن ترضون من الشهداء".⁽¹⁾
وقوله تعالى : " واشهدوا ذوي عدل منكم وقدموا الشهادة لله " ⁽²⁾

أما في السنة فهناك أحاديث كثيرة دلت على مشروعيتها منها الحديث الذي رواه عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله (ص) : " شاهدك أو يمينه. " وحديث بن عباس " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه"

وقد انعقد الإجماع على مشروعيتها لإثبات الدعاوي ولم يخالف في ذلك أحد .

وإذا كان الإجماع قد حصل لاعتبار الشهادة وسيلة لإثبات النسب ، فإن الخلاف هو العنوان بالنسبة للنصاب المكمل لها .⁽³⁾

وإثبات فراش النسب يتم بشهادة الاستفاضة التي تقوم على التسامع والاشتهار واقتصر الفقهاء في حجية الاستفاضة على ما كان يعلم بالاشتهار والسماع كالموت والنكاح والنسب لأنه يتعذر العلم غالبا بدون الاستفاضة.⁽⁴⁾

وعلى المستوى التشريعي والقضائي وقع خلاف في تحديد مفهوم البينة ، فهناك من قصر مفهومها على شهادة الشهود واستند في ذلك إلى قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 15/06/1999 تحت رقم 222674 الذي أكد من خلاله قضاة المحكمة العليا أن طرق إثبات النسب محددة في المادة 40 من ق.أ.س والتي من بينها البينة ولو كان المقصود بها المعنى العام لاستجاب قضاة المحكمة العليا لاختبارات فحص الدم كدليل علمي لإثبات النسب وهناك من قصد بها المعنى الشامل لكافة الأدلة لكون المشرع الجزائري في م 40 ق. الأسرة في النص العربي استعمل مصطلح البينة وفي النص الفرنسي استعمل مصطلح **preuves** .⁽⁵⁾

1- سورة البقرة الآية 282

2 . سورة الطلاق الآية 2

3- للتفصيل في أقوال الفقهاء حول النصاب المكمل للشهادة، يرجى الرجوع إلى بكاي سعاد . مرجع سابق ص 13. ود/ بديعة علي أحمد . مرجع سابق ص 44 . 49.

4- د/ حسني محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 709.

5- للاطلاع على الجدل الفقهي الدائر حول مصطلح البينة في القانون الجزائري يرجى الاطلاع على الأستاذ باديس ذيابي مرجع سابق ص 78 . 84 و مرجع د/ أقورفة زبيدة مرجع سابق ص 54.

الفرع الثاني : الإقرار

يعتبر الإقرار الوسيلة الثالثة لإثبات فراش النسب ، وهو أضعف من الشهادة لأنه يقوم على شهادة رجل واحد ، لذلك كانت حجته قاصرة على المقر ويعبر عنه أيضا (بالاستلحاق) .

ويعرف الإقرار في اللغة بأنه وضع الشيء في مكانه بمعنى الإثبات والاعتراف، يقال أقر بالحق اعترف به وقرره غير بالحق حتى أقر به وأقره في مكانه فاستقر وقرره بالشيء حملة على الإقرار به ، وقر الشيء جعله في قراره ، وقر عنده الخبر حتى استقر وقر الشيء قرا من باب ضرب استقر بالمكان والاسم القرار ومنه قيل لليوم الأول من أيام التشريق يوم القر لأن الناس يقرون في منن للنحر والاستقرار التمكن وقرار الأرض المستقر الثابت. (1)

ومن الناحية الاصطلاحية هو الاعتراف بما يوجب حق على قائله بشروطه. (2)

وعرفه المالكية بأنه خبر يوجب حكم صدقه على قائله بلفظه أو بلفظ نائبه. (3)

وعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه " اعتراف شخص بواقعة تكسبه حقا ، مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار . " (4)

وعرفته محكمة النقض الفرنسية " الإقرار تصريح بقره شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية. " (5)

هذا في مطلق الإقرار الذي يمس كل الحقوق وكل الدعاوي أما الإقرار بالنسب فهو على نوعين: إقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة وهو ما يعرف لدى الفقهاء بالإقرار بالنسب محمول على المقر نفسه ويعبر عنه أيضا بالإقرار الذي ليس فيه تحميل بالنسب على الغير .

الإقرار في غير الأبوة والبنوة والأمومة وهو ما يعرف بالإقرار بنسب محمول على الغير ، ويعبر عنه أيضا بالإقرار الذي فيه حمل النسب على الغير كأن يقول شخص " فلان أخي " . أو تقول امرأة هذا ابني ففي هذه الحالة لا ينسب النسب للأب إلا إذا أقر أبوه بالبنوة. (6) ودليل مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: "وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه، ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه ، بالعدل" (7).

1- د. دة / بديدة علي أحمد . مرجع سابق ص 33

2- د. دة / اقورفة زوييدة . مرجع سابق ص 54.

3- أنس محمد ناجي . مرجع سابق ص 194.

4- د / عبد الرزاق أحمد السنهوري الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، دار أحياء التراث بدون سنة للطبع ص 582.

5- د / بكوش يحي : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين الشركة الوطنية للنشر والتوزيع 1981 ص 263.

6- أة طفياقي مختارية . مرجع سابق . ص 61.

7- سورة البقرة الآية 281.

وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على

أنفسكم...." (1) أما دليل مشروعيته من السنة. (2) قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه مسلم عن أبي هريرة وأزید بن خالد الجهيني حيث قال: "والذي نفسي بيده لأقضي بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد وعلى ابنك جلد مائة وتعريب عام واغدوا يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها . قال : فعدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله (صلى الله عليه و سلم) فرجمت . "وهكذا دل هذا الحديث أن مسألة توقيع الحد معلق على الاعتراف وكان هذا دليل الإقرار .

واشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب في كلا النوعين شروطا لابد من تحققها لصحته وثبوت النسب به. (3)

1- أن يكون المقر به مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع بنسبه الثابت من غيره وقال النبي (ص): " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام متفق عليه."

2- أن يكون المقر بالنسب بالغاً عاقلاً مختاراً .

3- أن يكون المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر وذلك بأن يولد مثله فلو أقر من عمره عشرون عاماً ببنوة من عمره خمسة عشر عاماً لم يقبل إقراره لاستحالة ذلك عادة .

4- أن لا يكذب المقر له المقر ، إن كان أهلاً لقبول قوله ، فإن كذبه فإنه لا يصح الإقرار عندئذ ولا يثبت به النسب.

5- أن لا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنا ، فإن صرح بذلك لا يقبل إقراره لأن الزنا لا يمكن أن يكون سبباً في ثبوت النسب لقوله (صلى الله عليه و سلم) : " الولد للفراش وللعاهر الحجر "

6- أن لا ينازع المقر بالنسب أحد لأنه إذا نازعه أحد فليس أحدهما فإن لم يكن فإنه يعرض على القافة فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالقيافة لا بالإقرار .

. أما النوع الثاني من الإقرار وهو الإقرار على الغير فيشترط لثبوت النسب به إضافة إلى الشروط

المتقدمة الشروط التالية:

1- اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور.

2- أن يكون الملحق به النسب ميتاً لأنه إذا كان حياً فلا بد من إقراره بنفسه .

3- أن لا يكون الملحق به النسب قد انتفى من المقر له في حياته باللعان ومتى توافرت شروط الإقرار بنوعيه ترتب عنه ثبوت النسب والأحكام الأخرى كالميراث والتحريم وأصبح ملزماً للجميع حفاظاً على استقرار الأنساب والأسر والمجتمع لتعلق حق الله به ومن ثم لا يجوز للورثة ولا للأقارب الاعتراض عليه أو رفضه طالما أن صاحب الحق الأول قد أثبتته في ذمته .

1- سورة النساء الآية 135

2- أ. أنس حسن محمد ناجي . مرجع سابق ص 196.

3- أ. بكاي سعاد . مرجع سابق ص 12.

وهذا ما نصت عليه المادة 85 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية لا تسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالإقرار الصحيح .⁽¹⁾

وقد قرر الفقه المالكي بنفاذ الإقرار ولو تم في مرض الموت⁽²⁾ وقد تبني المشرع الجزائري نفس القاعدة عندما نص في المادة 44 من قانون الأسرة : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو بالأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" ونفس الحكم تبناه المشرع المغربي في مطلع المادة 160 من مدونة الأسرة وأخذ المشرع الكويتي بذات القاعدة حيث نص في البند الأول من المادة 173 من قانون الأحوال الشخصية لسنة 1984 على أنه:

أ - إقرار الرجل ببنوة مجهول النسب ولو في مرض الموت يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة ولم يقل أنه من الزنا . وعلى هدى المبادئ السابقة جرى العمل القضائي فقد ورد في قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1998/12/15. ملف 202430 بحمل في بطن امرأة إلخ. كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار ولزم الإقرار حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل والدفع بالمادة 41 من ق. أ س التي تحدد مدة الحمل لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعوله.⁽³⁾

. وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما نص صراحة على الإقرار بالأمومة و الأبوة إلى جانب الإقرار بالبنوة على عكس المشرع المغربي الذي أغفل النص على الإقرار بالبنوة إذ جاء نص المادة 160 من مدونة الأسرة بالكيفية التالية :

"يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقرولو في مرض الموت". وهكذا يكون المشرع المغربي أغفل التطرق إلى فرضية الإقرار بالأبوة أو بالأمومة من جانب الولد . ويترتب على الإقرار بالنسب جميع نتائج القرابة فتمنع بالمصاهرة والرضاع و تستحق به نفقة القرابة و الإرث .

و هذا ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 157 من مدونة الأسرة وهذا يعني أن الإقرار بالنسب لا يختلف مطلقا عن أثر النسب الثابت عن طريق الفراش ذلك أن هذين النظامين يختلفان من حيث وسيلة الإثبات فقط و لكنهما يلتقيان بخصوص و حدة الآثار بينهما⁽⁴⁾.

1- د.د/ اقورة زوييدة مرجع سابق ص 60.

2- د/ محمد الكشيور مرجع سابق ص 126.

3- قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1998/12/15 ملف 202430 الاجتهاد القضائي عدد خاص سنة 2001 ص 77.

4- د/محمد الكشيور نفس المرجع ص 116-117.

ومعلوم أن دعاوى إثبات النسب بالإقرار نوعان:

__ دعوى نسب ليس فيها تحميل على الغير: ومثاله كأن يرفع ابن دعوى إثبات نسب على أبيه و كان هذا الأخير على قيد الحياة ، ففي هذه الحالة تقبل الدعوى مجردة من أي حق آخر من النسب فهذه الدعوى مقصودة لذاتها و المدعي عليه خصم في هذه الدعوى مباشرة . أما إذا كان المدعي عليه ميتا ، فان رفع الدعوى مجردة لا تسمع لأنه قضاء على ميت و هو غائب ، و لا يصلح القضاء على الميت قصدا و إن كان يجوز تبعا فالمدعي عليه في النسب ميتا لا يمكن إقامة الدعوى عليه و بالتالي لا تقبل الدعوى لا إلا إذا رفعت ضمن صنف آخر كالمطالبة بالميراث و يكون الخصم في هذه الدعوى احد الورثة.

__ دعوى نسب فيها تحميل على الغير : و مثالها أن يرفع المدعي دعوى يطلب فيها الميراث فيرد المدعي عليه بإنكار حق المدعي صفته التي يستند عليها في الميراث.

فهنا على المدعي أن يثبت دعواه ولا يثبت نسبه من المتوفي الذي يريد حصته من تركته ، كون الطلب الأساسي و المقصود في الدعوى هو الحق المترتب على ثبوت النسب إذا كان الانتساب إلى الميت ليس هو الهدف بل يبقى مجرد و سيلة لإثبات الحق المتنازع عليه والخصم ليس من حمل عليه النسب و إنما هو كل من له و عليه حق في التركة ، كالورثة أو قد يكون الوصي أو الموصى له وقد يكون الدائن. وبوفاة من يدعى الانتساب إليه لا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ضمن حق آخر على شخص حاضر⁽¹⁾.

الفرع الثالث: القيافة والقرعة

أولا: القيافة: سبق لنا عند تعرضنا في المبحث الثاني من الفصل الأول عند التعرض لتمييز البصمة الوراثية عن بعض المصطلحات المشابهة لها التعرض إلى تعريف القيافة في اللغة والاصطلاح لذلك نحيل فيما يتعلق بذلك إلى هذا المبحث ...

وقد دل على مشروعية العمل بها من السنة والأثر والإجماع.

أما من السنة: ما أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما وأبو داود والترمذي والنسائي من حديث قتبية بن سعيد عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: أن رسول الله (ص) دخل علي مسرورا تبرق منه أسارير وجهه فقال: "ألم ترى أن مجززا نظر آنفا إلى أزيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: أن هذه الأقدام بعضها من بعض" . وفي رواية للزهري عن عروة أن مجززا المدلجي دخل على فرأي أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: أن هذه الأقدام بعضها من بعض⁽²⁾.

1 - أ.ة طفياني مخطاوية مرجع سابق ص 70 وأ. باديس ذيايي مرجع سابق ص 68

2 - صحيح البخاري 57/12 باب القائف رقم 6770 - 6771 صحيح مسلم ص 768 رقم 1409 باب ألقائف القائف في الولد.

وأما الدليل من الأثر والإجماع: ما رواه مالك بن انس عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أي من ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد إمرة فدعا قائف فنظر إليه فقال القائف لقد أثير كافيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبريني بخبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتيني في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ، وفطن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهر بقت عليه دما ثم خلف هذا عليها: تعني الآخر فله أدرى أيهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وإلا أيهما شئت قالوا فقضى عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع وقالوا وحديث عائشة يروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة .

واختلف الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في القائف بسبب اختلافهم في اعتباره شاهدا أو حكما . فمن اعتبره حكما اشترط فيه الذكورة والحرية ولم يشترط التعدد ومن قال انه شاهد لم يشترط الذكورة والحرية واشترط التعدد واشترطوا إلى جانب ذلك شروطا أخرى تتعلق بالإسلام والبلوغ والعقل والعدالة والتجربة.

كما اختلف العلماء في حكم إثبات النسب بها على قولين :

القول الأول: أنه لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب وبه قال الحنفية وأصحابه من الحنفية والهادوية وأبو إسحاق والكوفيون.

القول الثاني: اعتماد القيافة طريقا لإثبات النسب عند الاشتباه والتنازع وبه قال جمهور العلماء ومما لاشك فيه أن ما ذهب إليه الجمهور من الحكم بالقيافة واعتبارها طريقا شرعيا في إثبات النسب هو الراجح لدلالة السنة المطهرة على ذلك وثبوت العمل بها عند عدد من الصحابة رضي الله عنهم ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع منهم على الحكم بها.⁽¹⁾

واستدل الحنفية لمذهبهم القاضي بعدم مشروعية ثبوت النسب بالقيافة بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى : " ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤول (2) . "

فدللت هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى نحى عن إتباع الحدس والظن وهو في اللغة اتباع الأثر الذي سميت القافة به وهو مأخوذ من القف كأنه يقفو الأمور والقيافة مبنية على الحدس والظن وهذا منهي عنه بلفظ الآية .⁽³⁾

1- عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية بدون سنة للنشر ولا دار النشر. ص 16

2 سورة الإسراء الآية . 36

3 للتوسع و الاطلاع على آراء الفقهاء المميزين والمنكرين للعمل بالقيافة ومناقشتها يرجى الرجوع إلى مرجع د/ إقروفة زبيدة

أما الدليل من السنة:

ما أخرجه مسلم من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال " جاء رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن امرأتي ولدت غلاما أسود وفي رواية أي أنكرته فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل لك إبل ؟ قال : نعم فما ألوانها ؟ قال : حمر قال هل فيها من أورك ؟ قال : أن فيها أورك قال: فأنا أتاها ذلك ؟ قال عسى أن يكون نزعة عرق : وهذا عسى أن يكون نزعة عرق " .

فالحديث نص في عدم اعتداد الشرع بالشبه في إثبات النسب لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمكنه من نفي الغلام ولا جعل للشبه ولا لعدمه أثر فبين عليه الصلاة والسلام أنه لا عبرة للشبه . أما مذهب الجمهور (المالكية ، والشافعية والحنابلة) والظاهرية وقتادة وأبو ثور والأوزاعي وعطاء ، وهو قول ابن عباس وأنس بن مالك وعمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وشريح القاضي وإياس بن معاوية ولا مخالفة لهم من الصحابة ولا التابعين والذين يرون أن القيافة سبيلا معتبرا في الكشف عن النسب المجهول واحتج الجمهور برأيهم بالبراهين التالية :

من السنة:

ما أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عروة عن عائشة قالت دخل علي رسول الله (صلى الله عليه و سلم) ذات يوم وهو مسرور فقال : يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي دخل فرأى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رأسيهما وبدت أقدامهما فقال أن هذه الأقدام بعضها من بعض . ووجه الدلالة من هذا الحديث أن سرور النبي (صلى الله عليه و سلم) بقول القائف وهو لا يسر إلا بحق دليل على إقرار العمل بالقيافة .

ومن المعقول: أن أصول الشرع وقواعده المتعلقة بالأنساب كلها تتوجه نحو عرض اتصال الأنساب وجلائها ولو من أدنى الطرق وطالما القيافة تؤكد وتحقق هذا المقصد الشرعي فهي طريق معتبر .

ثانيا: القرعة: وهي أضعف طرق إثبات النسب الشرعي و القرعة لغة من القرع و هو الخطر أي السبق و النذب الذي يستبق عليه ، و قرعت الباب قرعا بمعنى طرقتة وتفوقت عليه و أقرعت بينهم أقرعا ، هيئتهم للقرعة على شيء و قارعت فقرعته أقرعته أي غلبته و الاسم القرعة و الاقتراع : الاختبار و أبعاد النار ، و ضرب القرعة كالتقارع و المقارعة ، و المقارعة هي المساهمة و قارعه فقرعه إذا أصابته القرعة دونه و القرع : الحرب و مواضع من الأرض ذات الكأ لا نبات فيها و القرع : ذهاب الشعر على الرأس كالصلع أو أشد منه و على هذا يمكننا

أن نقول أن القرعة تطلق في اللغة و يراد بها الاختبار و المساهمة. (1)

1- أسماء منود عبد العزيز أبو خزيمة مرجع سابق ص 275.

وأما اصطلاحاً: فهي الحيلة التي يتعين بها سهم الإنسان أي نصيبه ⁽¹⁾ و تنقسم إلى نوعين :

مشروعة: و تكون لتمييز الحقوق ومعناها تمييز نصيب موجود فهي إمارة مشروعة وهي القرعة للخصومة أو لإزالة الإبهام .

وغير مشروعة: وهي القرعة التي يؤخذ منها الفأل أو التي يطلب من خلالها معرفة الغيب. وقد دل عن مشروعية العمل بها من الكتاب قوله تعالى: " وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، وما كنت لديهم إذ يختصمون " ⁽²⁾ وقال المفسرون في هذه الآية أن أم مريم عليها السلام لما ذهبت على من لهم الأمر على بيت المقدس تخصموا أيهم يكون كفيلاً لمريم بغية الأجر، واقترعوا عليها وذلك بأن ألقوا بأقلامهم التي يكتبون بها التوراة في النهر فأيهم لم يجر قلمه في الماء فله كفالتها وأما الدليل من السنة ما ورد في الصحيحين أن الرسول (صلى الله عليه و سلم) كان إذا أراد السفر أقرع بين نسائه فأيهن خرج سهمها خرج بها.

وأما الدليل من الإجماع قبول العلماء والفقهاء القدامى والمعاصرون إجماع المسلمين على جواز العمل بالقرعة في حالة تعارض البيّنات وثبوت النسب و القرعة بين الزوجات والعق و غير ذلك من الأمور المشروعة في الشرع. ولقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقرعة إلى قولين:

القول الأول: وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يثبت النسب بالقرعة لأنها تستعمل في الأموال ولا تستعمل في إثبات الأنساب واستدلوا لرأيهم بالحجج التالية:

- أ- اعتبروا القرعة قماراً وبما أن الله تعالى حرم القمار في كتابه في سورة المائدة وهي من آخر القرآن نزولاً.
- ب- اعتبروا القرعة كوسيلة لإثبات النسب ضرب من العلم بالغيب وهي تستعمل في الأموال ولا تستعمل في إثبات النسب وذلك لوجود طرق شرعية أقوى منها كالفراش والبينة والإقرار.

1- الموسوعة الفقهية (ط . بلا) الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (د ن) ج 33 ص 109.

2- سورة آل عمران الآية 44.

وأما القول الثاني: فقال به إسحاق بن راهوية والشافعية في القديم والمالكية في أولاد الإمام وفيها قال بعض الشافعية عند تعارض البيتين و قال بها الإمام أحمد في روايته و احتج القائلون بثبوت النسب بالقرعة لما رواه أبو داود و النسائي عن زيد بن أرقم رضي الله عنه قال كنت جالسا عند النبي صلى الله عليه و سلم فجاء رجل من اليمن فقال : أن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا عليا يختصمون إليه في ولد وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد فقال لاثنين طيبا بالولد في هذا فعليا فقال: أنتم شركاء متشاكسون إي مفرع بينكم فمن قرع فله الولد و عليه لصاحبيه ثلثا الدية ،

فأقرع بينهم فجعله لمن قرع فضحك رسول الله صلى الله عليه و سلم حتى بدت أضراسه أو نواجذه⁽¹⁾ وهذا الحديث مذكور في مرجع الدكتور أوان عبد الله الفيضي السابق الإشارة إليه في الصفحة 349 في الشكل التالي: " أن الإمام علي رضي الله عنه " ألحق الولد الذي أصابته القرعة فعن زيد ابن الأرقم قال: " أتى علي رضي الله عنه بثلاثة وهو في اليمن وقعوا على امرأة واحدة في طهر واحد فسأل إثنين : أنقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا ثم سأل إثنين : أنقران لهذا بالولد قالوا: لا فأقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه . " رواه الخمسة أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي عن زيد بن أرقم ورواه النسائي وأبو داود موقوفا عن علي بإسناد أجود من المرفوع⁽²⁾.

والراجح في هذه المسألة هو الرأي الثاني الذي قال به جمهور الفقهاء . والذي يدعوا إلى تأييد هذا الرأي ما ورد عن حديث السيدة عائشة أم المؤمنين الذي أورده أهل الحديث من حيث السند والدليل فيه إقرار الرسول الكريم القائف المدلجي لأنه عليه الصلاة والسلام لا يقر على باطل ولا على خطأ والرسول (صلى الله عليه و سلم) لم ينكر بل فرح وسر بقول المدلجي وهذا بلا شك إقرار منه (صلى الله عليه و سلم) لقول القائف . ويضاف إلى ذلك أن الشارع متشوف إلى إثبات النسب ولو بأدنى طريق ولا يحكم بانقطاعه إلا إذا تعذر إثباته لأن إثبات النسب فيه حق لله وحق للولد وحق للأب وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ الأنساب بالقيافة وحرصت على عدم ضياعها فكان الأحوط الأخذ بالقيافة .

1- بديعة علي أحمد . مرجع سابق . ص 61.

2- د/ أوان عبد الله الفيضي الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي المدني دراسة مقارنة . دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة

النشر 2017 ص 349

المطلب الثالث: الطريق الشرعي لنفي النسب.

إذا كان الشارع الحكيم قد توسع في باب إثبات النسب ، واكتفى بإثباته بأدنى دليل و أضعفه وهذا لرعاية الأنساب ، لذلك تعددت طرق الإثبات ، لكنه تشدد في المقابل في نفي النسب بعد ثبوته لذلك لم يشرع له إلا طريقا واحدا وهو اللعان واشترط لإقامته شروطا كثيرة للحد من وقوعه ، وسوف أتناول في هذا المطلب الذي قسمته إلى ثلاث فروع : تعريف اللعان ودليل مشروعيته وشروطه وأحكامه وأخيرا الأثر المترتب على حصوله.

الفرع الأول: تعريف اللعان ودليل مشروعيته.**أولا: تعريف اللعان لغة واصطلاحا.**

أ. اللعان من الناحية اللغوية يفيد البعد، فيقال عادة لعنه الله، أي أبعده عنه فهو لعين وملعون ، ولعن نفسه إذا قال ابتداء عليه لعنه الله ولاعنه ملاعنة ولعانا وتلاعنا لعن كل واحد منهم الآخر ولا عن الزوج زوجته إذا قذفها بالفجور أي اتهمها بالزنا⁽¹⁾. واللعان في اللغة مصدر لاعى يلاعى ملاعنة وهو سماعي لا قياسي ، والقياس كالملاعنة من اللعن وهو الطرد والأبعاد⁽²⁾. واللعان في اللغة أساسا مشتق من اللعن وهو الطرد والأبعاد عن الخير ومن الحلق السب والدعاء. واللعة الاسم والجمع اللعان ولعنات قال تعالى : " وقالوا قلوبنا غلف بل لعنهم الله بكفرهم فقليلا ما يؤمنون"⁽³⁾ . أي أن قلوبنا في أكنة أي لا نفقه عليها غشاوة بل لعنهم الله بكفرهم أي طردهم الله وأبعدهم من كل خير . والتلاعن كالتشائم في اللفظ واللعة في القرآن الكريم العذاب . واللعان والملاعنة يكون بين اثنين فصاعدا ، وتلاعن القوم لعن بعضهم بعضا وسمي بذلك ، لأن الزوج يلعن نفسه في الشهادة الخامسة أو لأن أحد الزوجين عرضة للطرد والأبعاد من رحمة الله بسبب كذبه واقترائه وحكم الملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته وورماها برجل أنه زنا بها ، فالإمام يلاعن بينهما ويبدأ بالرجل⁽⁴⁾.

ب/ ومن الناحية الاصطلاحية: اختلف الفقهاء في مفهوم اللعان منهم من اعتبره شهادات ومنهم من اعتبره إيمان⁽⁵⁾.

فهو عند الحنفية والحنابلة: (شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها.

وهو عند المالكية: حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أونفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض.

1- محمد الكشيور . مرجع سابق ص 155

2- أنس حسن محمد ناجي . مرجع سابق ص 295.

3- سورة البقرة الآية 88.

4- د/ أوان عبد الله الفيضي الحجة الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النسب دراسة مقارنة دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة النشر 2017 ص 159 - 160.

5- أ.ة بكاي سعاد مرجع سابق ص 20-21.

وعند الشافعية : هو كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي الولد .

ثانياً: دليل مشروعية اللعان: الأصل في مشروعية اللعان القرآن والسنة والإجماع والمعقول من الكتاب: قوله تعالى: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ".⁽¹⁾

ورد في أسباب نزول آيات اللعان ثلاثة أحاديث: حديث ابن عباس رضي الله عنهما في نزولها في شأن هلال بن أمية حين قذف امرأته بالزنا وحديث سهل بن سعد رضي الله عنه في نزولها في شأن عويمر العجلاني مع امرأته و حديث حذيفة رضي الله عنه في نزولها في شأن أبي بكر وعمر رضوان الله عنهما وفيما يلي عرض لها.

- ما أخرجه البخاري ومسلم وأحمد واللفظ له عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما نزلت: " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً. وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ".⁽²⁾

قال سعد بن عبادة وهو سيد الأنصار: هكذا نزلت يا رسول الله ؟ فقال رسول الله: يا معشر الأنصار ألا تسمعون إلى ما يقول سيدكم ؟ قالوا: يا رسول الله لا تلمه فإنه رجل غيور والله ما تزوج امرأة قط إلا بكر وما طلق امرأة له قط فتجراً رجل منا على أن يتزوجها من شدة غيظه ، فقال سعد :والله يا رسول الله لا أعلم أنها حق من الله تعالى ولكن قد تعجبت أني لو وجدت لكاعا تفخذها رجل لم يكن لي أن أهيجه ولا أحرکه حتى آتي بأربعة شهداء فوالله لا آتي بهم حتى يقضي حاجته. قال فما لبثوا إلا يسيراً حتى جاء هلال بن أمية وهو أحد الثلاثة الذين ثبت عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً فرأى بعينه وسمع بأذنيه فلم يهيجه حتى أصبح قعدا على رسول الله فقال : يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندها رجلاً فرأيت بعيني و سمعت بأذني فكره رسول الله ما جاء به و اشتد عليه و اجتمعت الأنصار فقالوا : قد ابتليتنا بما قال سعد بن عبادة الآن بضرب رسول الله "هلال بن أمية و يطل شهادته في المسلمين فقال هلال : و الله إني لأرجو أن يجعل الله لي منها مخرجاً فقال هلال : يا رسول الله إني قد أرى ما اشتد عليك مما جئت به و الله يعلم أني لصادق والله أن رسول الله يريد أن يأمر بضربه إذا أنزل الله على رسول الله الوحي وكان إذا نزل عليه الوحي عرفوا ذلك في تريد وجهه فأمسكوا عنه حتى فرغ من الوحي فنزلت : " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم " .

1- سورة النور الآية من 06 إلى 09.

2- سورة النور الآية من 04 .

الآية فسرى عن رسول الله فقال أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربي عز وجل فقال رسول الله: أرسلوا إليها فأرسلوا إليها فجأت فقرأها رسول الله عليهما وذكرهما واعتبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال : هلال والله يارسول لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله: لاعتوا بينهما فليل لهما: أشهد فشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فلما كان في الخامسة قيل : يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال: والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد في الخامسة أن لعنه الله عليه إن كان من الكاذبين ثم قيل لها: اشهدي أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفصح قومي فشهدت في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ففرق الرسول (ص) بينهما وقضى أنه لا يدعى ولدها لأب ولا ترمي من به ولا يرمي ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من اجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفي عنها وقال: إن جاءت به أصهيب⁽¹⁾ أرسج⁽²⁾ حمش⁽³⁾ الساقين فهو لهما لال وإن جاءت به أورك⁽⁴⁾ جعدا جماليا⁽⁵⁾ خدلج⁽⁶⁾ الساقين سابع الأليتين فهو الذي رميت به.⁽⁷⁾

فجاءت به أورك جعدا جماليا خدلج الساقين سابع الأليتين فقال رسول الله لولا الإيمان لكان لي ولها شأن.³ ما أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما عن سهل بن سعد رضي الله عنه : (أن عويمرا أتى عاصم بن عدي وكان سيد بن عجلان فقال : كيف تقولون في رجل وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه أم كيف يصنع ؟ سل لي رسول الله عن ذلك فسأل عاصم رسول الله فكره رسول الله المسائل فسأله عويمر فقال: أن رسول الله كره المسائل وعابها قال عويمر ، والله لا انتهى حتى أسأل رسول الله عن ذلك فجاء عويمر فقال: يا رسول الله رجل وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع ؟ فقال رسول الله : (قد أنزل الله القرآن فيك وفي صاحبك) فأمرهما رسول الله بالملاعنة بما يسمى الله في كتابه فلاعنها ثم قال: يا رسول الله إن حبستها فقد ظلمتها فطلقها ، فكانت سنة لمن كان بعدهما في المتلاعنين ثم قال رسول الله : انظر إن جاءت أسحم أدعج العينين عظيم الأليتين خدلج الساقين فلا أحسب عويمر إلا قد صدق عليها وإن جاءت به أحميد كأنه وحره فلا احسب عويمر إلا قد كذب عليها فجاءت به على النعت الذي نعت به رسول الله من تصديق عويمر فكان بعد ينسب إلى أمه .

1- أصهيب: اشقر أو أحمر الشعر

2- أرسج: صغير العجيزة.

3- حمش الساقين: دقيق الساقين.

4- أورك : أحمر

5- جماليا: ضخم الأعضاء.

6- خدلج: ممتلئ

7- الأحاديث الثلاثة مشار إليها في رسالة للأستاذة بكاي سعاد . السابق الإشارة إليها ص 24 - 26

3- ما أخرجه البزار عن حذيفة رضي الله عنه قال: قال رسول الله : لأبي بكر لو رأيت مع أم رومان رجلا ما كنت فاعلا به ؟ قال: كنت والله فاعلا به شرا . قال : فأنت ياعمر كنت والله قاتله كنت أقول لعن الله الأعرج فإنه خبيث قال فنزلت "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم". . ووجه الاستدلال من هذه الآيات الكريمات والأحاديث الدالة على أسباب نزولها ، أن هذه الآيات الكريمات فيها فرج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف أحدهم زوجته ، وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل وهو أن يحضرها إلى الإمام فيدعي عليها بما رماها به فيحلفه الحاكم أربع شهادات بالله في مقابلة أربع شهداء أنه لمن الصادقين أي فيما رماها به من الزنا فإذا قال ذلك بانت منه وحرمت عليه أبدا ويعطيها مهرها ويتوجب عليها حد الزنا ، ولا يدرأ عنها العذاب إلا إذا تلافت هذا بأربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين أي فيما رماها به والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، كما أن الغالب أن الرجل لا يتحشم فضيحة أهله ورميها بالزنا إلا وهو صادق معذور وهي تعلم صدقه فيما رماها به ولهذا كانت الخامسة في حقها أن غضب الله عليها والمغضوب عليه هو الذي يعلم الحق ثم يحيد عنه ثم ذكر تعالى رأفته بخلقه ولطفه بهم فيما شرع لهم من الفرج والمخرج من شدة ما يكون بهم من الضيق .⁽¹⁾

. من السنة:

1- عن ابن عباس رضي الله عنه ، أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي بشريك بن سمحاء فقال النبي : (البينة أوحد في ظهرك) فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل النبي يقول: (البينة والا حد في ظهرك) فقال هلال والذي بعثك بالحق أني لصديق فلينزلن الله ما يرى ظهري من الحد فنزل جبريل وانزل عليه: (والذين يرمون أزواجهم) . فقرا حتى بلغ : " (إن كان من الصادقين) " فانصرف النبي فأرسل إليها فجاء هلال فشهد والنبي يقول: إن الله يعلم أن أحكما كاذب فهل منكما تائب ، ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة أوقفوها وقالوا أنها موجبة قال ابن عباس: فتلكأت حتى ظننا أنها ترجع قالت لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت.

2- عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم رسول الله فسأل عاصم رسول الله ، فكره رسول الله المسائل و عابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمرا فقال:

1- د/ أوان عبد الله الفيضي . المرجع السابق الإشارة إليه ص 165 - 166.

يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ، فقال عاصم لم تأتيني بخير ، فكره رسول الله ، المسألة التي سألته عنها قال عويمرا والله لا انتهى حتى أسأله عنها، فاقبل عويمرا حتى أتى رسول الله وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ، قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأنتي بها فقال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله فلما فرغا قال عويمرا ، كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله.

دلت هذه الأحاديث على جواز اللعان وذلك حفظا للنسب وتيسيرا على الأزواج على أن يكون بين يدي أمام حيث تختص الزوجة بلفظ الغضب لعظم ذنبها لأنها إن كانت كاذبة فذنبها أعظم لإلحاق من ليس للزوج به فتختل بذلك موازين الشرع في حين أن ذنب الزوج لا يتعدى أكثر من القذف .

. الإجماع: وقد أجمعت الأمة على أن الزوج إذا قذف زوجته بالزنا أو نفى ولده فله حق اللعان ، وذكر الإجماع على هذا ابن المنذر والإمام النووي والشوكاني وابن رشد وعامة الفقهاء ومن الحنفية ، المالكية ، الشافعية ، الحنابلة ، الزيدية ، الإمامية والظاهرية.

. أما المعقول: ما ذكره ابن رشد رحمه الله أنه قال: (لما كان الفراش موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان.) وقد أشار المشرع الجزائري إلى اللعان في المادة 41 من قانون الأسرة التي نصت " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينهه بالطرق المشروعة." والملاحظ على هذه المادة أن المشرع لم يذكر عبارة اللعان صراحة لكنه عبر عنه بعبارة ولم ينهه بالطرق المشروعة التي تدل على اللعان على عكس المشرع المغربي الذي أشار إليه صراحة من خلال مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة باعتباره سبب رئيسيا لنفي النسب .

الفرع الثاني: شروط اللعان وطبيعته الشرعية:

شروط اللعان: اشترط الفقهاء بعض الشروط الخاصة بالأزواج حتى تتم عملية اللعان بشكل صحيح وترتب آثارها.

. قيام الزوجية بين المتلاعنين ولو كان النكاح فاسدا سواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها لأن النسب ثابت فيهما ما عدا الأحناف الذين منعه في الفاسد ، لأن اللعان عندهم ثبت في الزوجات ولا زوجية في النكاح الفاسد ولو بعد البينونة .⁽¹⁾

1- د/ اقورفة زبيدة . مرجع سابق ص 83.

- أن يتم نفي الولد فور العلم به وهذا الشرط محل اتفاق جمهور الفقهاء . لذلك فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة فسكت عن نفيه بعد علمه ثم أراد أن ينفيه باللعان فلا يجوز ويحد حد القذف . وإذا كان جمهور الفقهاء اتفقوا على الفورية إلى أنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يجوز فيها للزوج أن يلاعن لنفي الولد على ثلاثة أقوال: أنها تقدر بمدة التهنة بالمولود ويحددها القاضي وإلى هذا ذهب الإمام أبي حنيفة . أنها تقدر بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوما و إلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية . أنها تقدر بالعرف ويعذر الزوج في تأخير النفي لعذر كأن يكون مجبوسا أو مريضا وإلى هذا ذهب الحنفية في رواية والمالكية والشافعية والحنابلة .

. كما يشترط لصحة اللعان لنفي الولد ألا يكون الزوج قد أقر به صراحة أو ضمنا ومثال الإقرار الصريح أن يقول هذا الحمل أو هذا الولد مني أو ابني ومثال الإقرار الضمني أن يقبل التهنة بالولد لأن العاقل لا يسكت عادة عند التهنة بولد ليس منه .

- ويشترط بعض الفقهاء كالحنفية والمالكية لإقامة اللعان لنفي الولد أن يكون الولد حيا عند اللعان فلو ولدت المرأة ولدا ونفي الزوج نسبه منه ثم مات الولد قبل حصول اللعان أو بعده لكن قبل الحكم بقطع نسبة عند من يشترط لنفي النسب صدور حكم القاضي لا ينفي عنه لأن النسب ينتهي بالموت ، ولكل من الزوجين الحق في طلب اللعان لإسقاط حد القذف .

وعلى هذا القول لا يجوز إقامة اللعان لنفي نسب الحمل لعدم الحكم عليه قبل الولادة . بينما ذهب بعض الفقهاء كالشافعية والحنابلة وقول منسوب للإمام مالك إلى أنه لا يشترط تحقق حياة الولد عند اللعان من أجل نفيه ، لأن نسبه لا ينقطع بالموت ، بل يقال مات ولد فلان ، وهذا قبر فلان ويلزم الزوج تجهيزه وتكفينه، وعليه فيجوز له نفي نسبه وإسقاط مؤنته كما لو كان حيا ، كما يجوز نفي الحمل باللعان لأن ترك النفي يتضمن الإستلحاق.(1)

. ويشترط في اللعان أن يكون الزوجان مسلمين حريين مكلفين لأن الصغير لو قذف لا يجد والمرأة يشترط أن تكون محصنة مع خلاف في زيادة أو نقصان بعض الشروط.(2)

. واشترط بعض الفقهاء أن يكون اللعان أمام القاضي لأن نفي النسب باللعان يحتاج إلى تأييد ، ومتى تمت الملاعة أمام القاضي وحكم بنفي نسب الولد وإلحاقه بأمه صار ولد اللعان كولد الزنا.(3)

1- د/ سعد الدين مسعد هلاي ، مرجع سابق ص 347 ، 350.

2- خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 414.

3- د/ أوان عبد الله الفيضي . مرجع سابق . ص 169.

وفي الواقع العملي يتم اللعان بناء على دعوى يقيد بها الزوج ضد زوجته يلتمس من خلالها نفي نسب الولد أو الحمل الذي ارتاب فيه مؤسساً دعواه إما على زنى زوجته أو نفي الحمل عنها ، وعلى المحكمة التي رفعت دعوى اللعان أمامها الالتزام بإجراءات رفع الدعوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاصة ما تعلق منها بالصفة والأهلية ثم تطبق بصدد الزوجين الأحكام المضمنة في أية الملائعة الواردة في سورة النور ، وصورتها أن يأمر القاضي الزوج بملائعة زوجته بأن يقول : أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميت به فلانة ويشير إليها ويكرر ذلك أربع مرات وفي الخامسة يقول : أن لعنة الله عليها إن كانت من الكاذبين فيما رما به من زنا أو نفي الولد حسب موضوع الدعوى .

وبعد انتهاء الزوج من الملائعة يأمر القاضي الزوجة بالرد عليه فتقول : أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد حسب موضوع الدعوى وتكرر ذلك أربع مرات ثم تقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به .⁽¹⁾ مع الإشارة أن المحكمة وقبل إصدارها لحكمها يجب عليها التأكد من شروط اللعان الفقهية خاصة ما استقر عليه الفقه المالكي باعتباره المذهب المتبع في الجزائر ، مادام أن المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إلى اللعان دون تحديد شروطه وإجمالاً تنحصر شروط اللعان في الشروط التي سبق الإشارة إليها بالإضافة إلى مايلي :

- . في حالة دعوى اللعان بسبب الزنا يشترط أن تكون الزوجة مازالت في عصمة الزوج حقيقة أو حكماً ، أما في حالة نفي الحمل فيشترط فقط أن يكون هذا الحمل أو الولد لاحقاً بالملاعنة .
- . امتناع الزوج مطلقاً عن معاشرة زوجته بعد استقراره على ملاعنتها .
- . ويشترط في الولد المراد نفي نسبه ألا يكون غير لاحق بالزوج كما لو أتت به الزوجة لأقل من ستة أشهر بعد العقد عليها أو لأكثر من عشرة أشهر بعد الفراق بسبب الوفاة أو الطلاق حسب المادة 43 من قانون الأسرة أو تأكد للمحكمة انعدام أي اتصال بين الزوجين المتنازعين (لغياب الزوج أو سجنه أو مرضه) أو كان الزوج مما لا يولد مثله ، لأن الولد في هذه الحالات لا يلحق بالزوج أصلاً ومن ثم فهو لا يحتاج إلى نفي بواسطة اللعان لأنه منتفي عنه بقوة الشرع .

1- انظر كل من: د/ محمد الكشيور المرجع السابق الإشارة إليه ص 157 ومايليها و أ.ة طفياني مختارة مرجع سابق ص 33 - 34.

. ويجب أخيراً على المحكمة التأكد من شرط المدة المحدد لرفع الدعوى المكس في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/12/25. والمحددة بأسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل.⁽¹⁾

وبإصدار المحكمة لحكمها باللعان يتم التفريق بين الزوجين ونفي نسب المولود عن أبيه وإلحاقه بأمه ويتم التأشير بذلك على هامش عقود ميلاد الأطراف .

الطبيعة الشرعية للعان: اختلف الفقهاء فيما بينهم حول الوصف الشرعي للعان ، هل هو على سبيل الوجوب ، أم هو حق للزوج فيكون على سبيل التخيير ، كما اختلفوا في القول هل هو يمين أو شهادة . بالنسبة للمسألة الأولى اختلف الفقهاء على قولين⁽²⁾:

القول الأول: اللعان واجب على الزوج و لو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه سواء كان اللعان اتهاماً بالزنا أو نفياً للولد و ذهب إلى هذا القول الحنفية ووافقهم المالكية و الشافعية في كون اللعان واجباً على الزوج في حالة نفي الولد عن نفسه فقط. و استدلل الحنفية على أن اللعان واجب لما ورد في الكتاب و السنة **ففي الكتاب قوله تعالى :** " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين " .⁽³⁾ الآية صريحة بأن يشهد الرجل أربع شهادات بالله فجعل الله عز وجل موجب قذف الزوج زوجته هو اللعان و أما آية القذف فقد قبل أن موجب القذف في الابتداء كان هو الحد في الأجنبية و الزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات و جعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان .

و أما السنة : عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه (أن ليلة الجمعة في المسجد إذ جاء رجل من الأنصار فقال : لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً إن تكلم جلدتموه أو إن قتل قتلتموه و إن سكت سكت على غيظ فقال النبي : الله افتح جعل يدعو فنزلت آية اللعان . دل قوم الرجل أن تكلم به جلدتموه ، على أن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ الحد في الزوجات بآية اللعان ، فنسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره ، فصار موجب قذف الزوجات هو اللعان .

1. قرار المحكمة العليا رقم 296020 بتاريخ 2002/12/25. المجلة القضائية لسنة 2004 العدد الأول ص 289

2. بكاي سعاد مرجع سابق ص 28 ، 29.

3. سورة النور الآية 06.

القول الثاني: اللعان ليس بواجب على الزوج يقذف زوجته هو الحد إلا أن له أن يخلص نفسه بالبينة أو باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس إذا امتنع بل يقام عليه الحد وذلك إذا كان اللعان اتهاماً بالزنا ، وذهب إلى هذا القول المالكية والشافعية ويرى الحنابلة أن اللعان حق للزوج ولا يجب عليه حتى ولو نفى الولد فيه واستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة. ففي الكتاب **قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة"⁽¹⁾** فدل قوله على وجوب الجلد على القاذف سواء كان زوجاً أو غيره لكن إذا كان القاذف زوجاً له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة أو اللعان .

واستدل أصحاب هذا القول بالحديث الذي رواه عبد الله بن مسعود السالف الإشارة إليه. فدل قول الرجل : أنه يتكلم أو يسكت على أن اللعان حق للزوج وليس واجباً عليه لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) لم يذكر كلامه ولا سكوته. **والرأي الرابع :** أن اللعان إذا كان لنفي الولد فهو واجب لتعلقه بالنسب الذي يتعلق بمقصد كلي من مقاصد الشريعة الإسلامية . أما إذا كان اللعان اتهاماً بالزنا فالأولى تركه لأنه من الأمور التي نص الشارع بالتستر عليها لما رواه زيد بن اسلم رضي الله عنه : أن رسول الله قال: **من أصاب شيئاً من هذه القاذورات فليسترها بستر الله وله طلاقها إن أراد.**

أما بالنسبة للمسألة الثانية والمتعلقة باختلاف الفقهاء حول ألفاظ اللعان هل هي شهادات أم إيمان أم هي شهادات وإيمان بنفس المعنى على النحو الآتي. ⁽²⁾

المذهب الأول: يرى أن اللعان شهادات مؤكدة بالإيمان وهذا قول الحنفية ووافقهم الثوري والإمام يحيى والشافعي في قول مالك في رواية والحنابلة في رواية.

المذهب الثاني: يرى أن اللعان إيمان مؤكدة بلفظ الشهادة وهذا قول الشافعي على الصحيح ومالك على الرابع وأحمد وابن حزم الظاهري والعترة والحنابلة في رواية وابن حجر العسقلاني.

المذهب الثالث: يرى الجمع بين القولين لأنه حسن ، فهو يمين مقرونة بالشهادة وشهادة مقرونة باليمين وهذا قول ابن القيم ووافقه الأمير محمد الصنعاني.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على اللعان.

يمكن أن نحصر الآثار التي تترتب على اللعان في أثرتين هامتين أولهما: الفرقة بين المتلاعنين والثانية نفي نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه.

1/ الفرقة بين المتلاعنين:

أجمع الفقهاء أنه إذا تلاعن الزوجان وقعت الفرقة بينهما بشكل مؤكد ولا حديث عن رفع التحريم بينهما بأي حال من الأحوال فعن ابن عباس أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: **"المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً"**

1- سورة النور الآية 04

2- لمزيد من التفاصيل حول الاختلاف الفقهي حول مسألة اللعان هل هو شهادة أو إيمان أم هو شهادات وإيمان يرجى الرجوع إلى مرجع خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 405 . 416. ومرجع الأستاذ باديس ذيابي مرجع سابق ص 43-44

واختلف جمهور الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة هل هي فسخ أم طلاق . والراجح عند جمهور الفقهاء أن الفرقة الواقعة باللعان تعتبر فسخا ، واستدلوا على ذلك بتأييد التحريم وحرمان المرأة من مستحقاتها المالية كنفقة العدة والمسكن وهما الحقان المستوجبان عند الطلاق، واستشهدوا بحديث رسول الله (صلى الله عليه و سلم) عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة الملاعنة إذ قال: "قضى ألا قوت لها ولا سكن ، من أجل أنهما يتصرفان من غير طلاق ولا متوفي عنها". رواه احمد و أبو داود.

في حين يرى الحنفية أن نوع الفرقة طلاق لأن سببها من جانب الرجل إذ لا يمكن تصورهما من جانب المرأة وبناء على ذلك قال الحنفية إذا كذب الزوج نفسه بطل حكم اللعان وألحق الولد به وردت له زوجته بعد خضوعه للجلد (الحد) أما جمهور الفقهاء فذهبوا إلى أن تكذيب الزوج لنفسه لا يغير من الأمر شيئا وإن الفرقة تظل أبدية.⁽¹⁾

2/ ويترتب عن اللعان أيضا نفي نسب الولد عن الملاحن ، وإلحاقه بأمه فترثه ويرثها ويسجل في الحالة المدنية باسمها بموجب الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بينهما تأسيسا على قضاء رسول الله (صلى الله عليه و سلم) " ولد المتلاعنين يلحق بأمه يرثها وترثه " ⁽²⁾

ويمكن أن نضيف إلى الأثرين المشار إليهما أثرا آخر يتمثل في سقوط حق القذف عن الزوج إذا كانت زوجته محصنة وسقوط التعزيز عنه إن لم تكن محصنة وسقوط حد الزنا عن المرأة بنص القرآن على ذلك.⁽³⁾

المبحث الثالث: البصمة الوراثية وطرق إثبات النسب ونفيه

بعد هذه الجولة التي خضتها في استعراض طرق إثبات النسب ونفيه والتي تعرضت لها في المبحث السابق سأحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى موقف البصمة الوراثية من هذه الطرق وذلك تمهيدا لتحديد منزلتها بينها ، لذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب . أتناول في المطلب الأول منها موقف البصمة الوراثية من طرق إثبات النسب أما المطلب الثاني فسأخصصه ، لتحديد منزلة البصمة الوراثية من طرق إثبات النسب وفي المطلب الثالث سأتناول من خلاله موقف البصمة الوراثية من طرق نفي النسب (اللعان) .

المطلب الأول: البصمة الوراثية وطرق إثبات النسب :

إن طرق إثبات النسب تتمثل في الفرائش والبينة (الشهادة) والإقرار والقيافة و القرعة . ومن خلال هذا المطلب سنحاول إظهار موقف البصمة الوراثية من هذه الطرق . ولذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

1- ا. باديس ذيايي . المرجع السابق ص 45 . 46.

2- ا.ة طفياي مخطارية المرجع السابق ص 34.

3 - المحامي حسام الأحمد -مرجع سابق ص 51.

الفرع الأول : موقف البصمة الوراثية من الفراش.

الشريعة الإسلامية تتشوف إلى إثبات نسب الولد لأبيه ، لذلك توسعت في طرق إثباته وتساحت فيها لذلك قبلت بشهادة التسامع في إثباته . ولم تتطلب دليلاً عليه عند الإقرار به مادام واقع الحال لا يناهيه وذلك لما فيه من إحياء للنفس ، لأن مجهول النسب في حكم الميت في عرف المجتمع الإسلامي ، لكنها بالمقابل حرصت حرصاً شديداً على نظافة النسب ونقائه وصدقه ، وحذرت من التلاعب به ، وقد خصصت للمتلاعبين به أشد العذاب (1).

لذلك اعتبرت الفراش (الزوجية الصحيحة) طريقاً من طرق إثبات النسب الشرعي للحمل وأقواها بالضوابط والشروط التي ساقها الفقهاء ، لأن الزوجية الصحيحة اعتبرت إمارة على قيام المخالطة الجنسية بين الزوجين ولو لم تقع حقيقة . لكن هذا لا يعني أن كل مولود يولد على فراش الزوجية ينتسب لصاحب الفراش وجوباً لأن هناك بعض الحالات التي يتحقق فيها فراش الزوجية بشروطه وضوابطه ، لكن رغم ذلك لا يرتب أثره (انتساب الحمل إلى صاحب الفراش) وذلك حينما يتعارض مع الحقيقة العقلية المنطقية الجلية مع ظاهرة الحقيقة الشرعية كأن يطرأ مانع عقلي أو حسي يصادم الحقيقة الشرعية . فلا يحتاج الزوج حينئذ لدفع هذا الحمل الغريب عن صلبه إلى الملاعنة لأن الحقيقة الظاهرة تعد برهاناً كافياً بذاتها على إسقاط النسب والتبرؤ من الحمل.

ومن ذلك الحالات التي ساقها الفقهاء في مدوناتهم وجعلوها استثناءً من القاعدة العامة (الولد للفراش) والتي أجازوا فيها استعمال البصمة الوراثية لإثبات النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية (الفراش) وهذه الحالات هي (2):

الحالة الأولى: المولود الذي يوضع لأقل من ستة (06) أشهر من الدخول بالزوجة ففي هذه الحالة إذا شك الزوج في حمل زوجته منذ يوم دخل بها هل هو أقل من (06) ستة أشهر أو أكثر ، فإن البصمة الوراثية تستطيع إمالة اللثام عن هذه المسألة ، وذلك بأن تؤخذ عينة من دم الجنين و في حالة مطابقتها مع الصفات الوراثية للأم والأب دل ذلك على أن الولد من أبيه ، أما إذا لم تتطابق العينة المأخوذة من الولد مع تلك المأخوذة من الأبوين دل ذلك أن الابن ليس من هذا الزوج ، وهذه المدة ليست مدة شرعية لأنه كما ذكر أهل المعرفة أن البصمة الوراثية تعتبر وسيلة لإثبات ونفي بنسبة مائة بالمائة وأن نتائجها يقينية لا تختمل الشك والتردد . وقد اعتبرت هذه الحالة هي الحالة الأولى التي يبرز فيها دور البصمة الوراثية لمعرفة نسب الولد حين لا دليل ولا شهادة ولا استلحاق إلا البصمة الوراثية.

1- د/ حسني محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 773.

2- د.ة/ اقورفة زبيدة مرجع سابق ص 312.

الحالة الثانية: وهي حالة الولد الناتج عن الوطء بشبهة أو من نكاح فاسد أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها فهل ينسب ولدها إلى زوجها الثاني أم إلى السابق . ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى القيافة ولكن إذا عجزت القيافة عن تحديد الشبه بين الولد وأبيه ، فعندئذ يتعين اللجوء إلى البصمة الوراثية باعتبارها دليلاً علمياً يفوق بكثير القيافة وهذه هي الحالة الثانية التي أجاز فيها الفقهاء المعاصرون استعمال البصمة الوراثية لإثبات النسب أثناء قيام الزوجية الصحيحة.⁽¹⁾

الحالة الثالثة: وتتحقق هذه الحالة في حالة تساوي البيّنات أو تعارض الأدلة . ففي هذه الحالة تؤدي البصمة الوراثية دورها في حسم النزاع الدائر بين المدعى بالولد وبين المدعى الآخر أو بين الزوج والزوجة كما إذا وضعت الزوجة الولد على فراش الزوجية وكان الزوج قد جامعها ثم سافر وحضر بعد زمن طويل فوجدها قد وضعت ولدها فقال هذا ليس مني ففي هذه الحالة تتعارض فيها البيّنات أو كمن شهد له قائفان وشهد للآخر قائفان في هذه الحالة يقدم الأقوى دليلاً على الأضعف دليلاً، فيقدم الفراش على البصمة الوراثية والقيافة بالنسبة للزوج المسافر لأن الفراش قائم وليس له نفيه إلا اللعان.

أما إذا تساوت القيافة مع البصمة الوراثية فتقدم البصمة الوراثية على القيافة لصدق نتائجها لكن لو كان العكس بأن تساوي خبران في البصمة الوراثية واختلف فيما بينهما ، في هذه الحالة قال العلماء يقدم الخبر الأول على الثاني لأن نسب الطفل يثبت بالأول فلا يلتفت للثاني . وبصفة عامة يمكن حصر الحالات التي يمكن من خلالها اللجوء على البصمة الوراثية رغم قيام الزوجية في:

- 1- زواج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها حيث تكون الحيرة والتردد إن كانت المرأة حاملاً من زوجها السابق أم اللاحق.
- 2- نسب الولد من المطلقة طلاقاً رجعيّاً أو بائناً أو متوفى عنها زوجها هل ينسب للزوج أو لا؟ وهذا الاختلاف هل أتت به في أقصى أو أدنى مدة الحمل .
- 3- نسب الوطء بشبهة.
- 4- نسب الولد من النكاح الفاسد.
- 5- إذا ادعت المرأة الولد على فراش زوجها رفضه هو بحالة الزوج المسافر الذي يجامع زوجته ثم يسافر ولا يحضر إلا بعد مدة طويلة فيجدها قد ولدت فيقول هذا ليس ابني أو ليس من صلبني.⁽²⁾

1- د / خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 218 – 219.

2- د / خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 220.

6- اختلاف الزوج مع زوجته وادعائه أن الحمل قد حدث قبل التزوج بها وبالتالي ليس منه فحينئذ يعرض الأمر على البصمة الوراثية وكذلك بالنسبة لزوجته المطلقة التي ولدت ولدا فادعى الزوج أن الحمل قد جاء بغير المدة المعتبرة شرعا ونفت الزوجة ذلك . ويلحق بهذه الحالات حالة خضوع الزوجة لعملية تلقيح اصطناعي ووقع خطأ في الخلايا الجنسية ، فتلقح المرأة بخلايا رجل أجنبي أو تخصب خلايا زوجها ببويضة امرأة أجنبية وتغرس في رحم الزوجة.⁽¹⁾

ولا شك أن تحديد نسب المولود باستعمال البصمة الوراثية في مثل هذه الحالات تجعل النسب من الأبوة وعدمها أمرا يكاد يكون متيقنا لا جدال فيه دون حاجة إلى نفي النسب بواسطة اللعان.⁽²⁾

. ولقد أثارت مسألة اللجوء إلى استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام العلاقة الزوجية جدلا فقهيًا حادا . فقد ذهب الدكتور خليفة علي الكعبي إلى القول: أن كل نسب قائم بالفراش ويقبل اللعان لا أثر للبصمة الوراثية فيه وهذا القول ينطبق على جميع الزوجات والمطلقات والأزواج فمنهم العقيم ومنهم العنين ومنهم المحبوب والمسافر والمسجون وحتى أطفال الأنابيب .

وخلص بعد تحليل كل الحالات: أنه متى كان الفراش قائما ثابتا ويقبل اللعان ، فإن البصمة الوراثية حكمها حكم القافة لا تهدر من قيمة الفراش.⁽³⁾

أما الدكتور سعد الدين مسعد هلاي فبعد أن أوضح أن الفقهاء يقصدون بالفراش الفراش الحقيقي الذي يكون منه الولد ، لكن الذي دفعهم إلى إثبات الفراش الحقيقي عن طريق مظنته بقيام حالة الزوجية هو طبيعة تلك العلاقة الخاصة بين الزوجين القائمة على السرية والحياء . ولكن يقول: بعد أن جاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية ، دون ما كشف للعودة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين ، ودون ما تشكك في ذمم الشهود أو المقرين أو القافة ، لأن الأمر يرجع إلى كشف إلى مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان، والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها مع الأب الطبيعي، فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟

1- أنس حسن محمد ناجي . مرجع سابق ص 193.

2- د/ أفورقة زبيدة مرجع سابق ص 313.

3- د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 230 - 231.

إن وسائل إثبات النسب يقول ليست أمورا تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية، ولن نحملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل ، فإذا لم تتيسر الإمكانيات لتعميم البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية.⁽¹⁾ المعروفة مستندا لتدعيم رأيه على قوله تعالى: " سنريهم آياتنا في الأفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق أو لم يكف بربك أنه على كل شيء شهيد إلا أنهم في مربة من لقاء ربهم إلا أنه لكل شيء محيط "⁽²⁾

. أما الدكتور محمد أبو زيد وفي بحثه السابق الإشارة إليه وفي تعليقه على نظام عدم سماع دعوى إثبات النسب المقررة في القانون المصري، انطلاقا من الأصل الشرعي في إثبات النسب (الولد للفراش وللعاهر الحجر). وتحليل مهني مقتدر لشرطي عدم التلاقي ، ومدتي الحمل المقرتين شرعا وقانونا توصل إلى أن نظام عدم سماع الدعوى وفقا لتنظيمه القانوني يؤدي إلى منع الزوجة من التقاضي وسماع أدلتها في إثبات الحق دون أن يؤدي إلى نفي النسب أو ثبوته .

وهذا يوضح أن نظام عدم سماع الدعوى عند إنكار النسب يقوم على قرينة قاطعة مفادها أن الزوج ليس هو الأب استنادا إلى عدم التلاقي أو إلى غيبته عنها مدة سنة . والحكمة من هذا النظام تكمن في رد تحايل بعض النسوة اللاتي ساءت أخلاقهن وفسدت ذمهن وهكذا يقول الدكتور محمد أبو زيد أن هذا النظام وفر حماية للزوج عن طريق منحه دفعا يحول به دون سماع الدعوى . واستمرارا في تحليله يتسأل وهو محق في ذلك " ألا يمكن أن يرد التزوير والاحتيال من جانب الرجال فيجحدون أبناءهم وهم يعلمون تماما أنهم أبائهم الحقيقيون." وهذا التساؤل نابع من الواقع العملي الذي كثيرا ما يتمكن الزوج زورا وبهتانا من إثبات انتفاء التلاقي بينه وبين زوجته ، وتفشل الزوجة في إثبات حقيقة هذا الاحتيال .

وهكذا يؤدي هذا الوضع في الواقع العملي إلى انتفاء ثبوت نسب المولود الذي أتت به الزوجة التي عاشرها زوجها ثم غاب عنها لأكثر من سنة وتمكن من إثبات غيبته وفشلت هي في إثبات معاشرته لها فيضيع الولد " خرقا لقاعدة إحياء الولد " وتلصق التهمة بالزوجة . ولتخليص هذا النظام من سلبياته وتطويره بإيجاد الوسيلة التي تسمح للزوجة بتقديم البرهان على أن الولد ينسب للزوج المدعى عليه وذلك من خلال تحول المشرع من إتباع أسلوب القرينة القاطعة إلى أسلوب القرينة البسيطة .

1- د/ سعد الدين مسعد هلاي . مرجع سابق ص 315.

2- سورة فصلت الآياتان 53 - 54.

وهكذا يمكن للزوجة التي أنكر نسب مولودها بسبب عدم التلاقي أو الغيبة لأكثر من سنة أو لوضعها لمولودها قبل حلول المدة الدنيا أو بعد انقضاء المدة القصوى . طلب إجراء اختبارات البصمة الوراثية فإن جاءت نتائجها مؤكدة لمزاعمها فيؤدي ذلك إلى سقوط الظاهر ، ومن ثم وجوب ثبوت نسب الولد من أبيه الأمر الذي يقوي ويدعم " قاعدة الولد للفراش " وهذا التحول من نظام القرينة القاطعة إلى نظام القرينة البسيطة يقتضي افتراض عدم التلاقي ومدتي الحمل كقرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بالدليل القاطع دون الخوف من انهيار نظام عدم سماع الدعوى المقرر ضد النسوة اللائي فسدت أخلاقهن وذممن ، ذلك أن عدم التلاقي أو مدتي الحمل يكون مرجحا على غيره من أدلة غير قاطعة على نسب الولد للزوج المدعى عليه وهو ما يعني عدم دفع قرينة مجيء الولد من غيره إلا إذا كان بيد الزوجة دليلا قاطعا كالبصمة الوراثية فإن استطاعت الزوجة إثبات عكس ما يدعيه الزوج فهنا لا خوف على الزوج أن يلزمه النسب إذا أفادت نتائج البصمة الوراثية ذلك .

ويقول أن التسليم بإجراء فحص الدم قياسا عليه تحاليل البصمة الوراثية في هذا الصدد سيؤدي إلى منع التحاليل سواء من جهة الزوجة أو الزوج⁽¹⁾ ، وبناء على ذلك أقول أن جاز لي ذلك ، أن تحديد مكانة للبصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الشرعية المتعارف عليها ، لا يمكن أن يكون موضوعيا إلا إذا تحول المشرع من نظام القرائن القاطعة إلى نظام القرائن البسيطة ، خاصة وأن الأمر مؤكد أن طرق إثبات النسب كلها ظنية والإثبات لا يستقيم مع الظن.

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من الشهادة.

. والشهادة كما سبق بيانه طريق شرعي لإثبات النسب، وهي تتمتع بقوة شرعية وقانونية وحجيتها متعديّة ثابتة على الجميع ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية. بأن القضاء في النسب هو قضاء على الكافة ولا يقتصر فقط على أطرافه⁽²⁾. وكما سبق بيانه فإن للشهادة معنيين، معنى عام وبهذا المعنى يقصد بها كل ما يبين الحق ويظهره. ومعنى خاص وينحصر في شهادة الشهود.⁽³⁾

و منزلة الشهادة بين طرق إثبات النسب تأتي بعد الإقرار ، وتقدم الشهادة على البصمة الوراثية عند التعارض للأسباب التالية:

أولا: ثبوت الشهادة في القرآن والسنة والإجماع بحجتها والعمل عليها منذ عهد النبي (صلى) كما في قوله تعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " ⁽⁴⁾ وقوله تعالى " وأقيموا الشهادة لله " ⁽⁵⁾ وقوله تعالى " ولا تكتموا الشهادة " ⁽⁶⁾

1 - د/ محمد محمد أبو زيد البحث المشار إليه سابقا ص 234 - 265

2- د/ محمد محمد أبو زيد البحث السابق الإشارة إليه ص 234 - 265.

3- د/ محمد المختار السلامي .. البحث السابق الإشارة إليه ص 445 - 457.

4 - سورة البقرة الآية 282.

5- سورة الطلاق الآية 02.

6- سورة البقرة الآية 283

ثانياً: لا ينبغي تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من الكتاب والسنة بمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه الخطأ والتلاعب.

ثالثاً: كما قد يعتري الشهادة الزور والكذب والنسيان وعدم التثبت فكذلك تقارير البصمة الوراثية قد تكون مهزوزة ومزورة إذا جاءت لمصالح شخصية ومطامع انتقامية وكان الهدف منها التضليل وما يدري القاضي بصحتها لأنها شهادة من غير قسم أو يمين بخلاف الشهادة الشرعية فإنها تقام بعد القسم على كتاب الله.

رابعاً: أن القول بتقديم كل دليل علمي على أدلة الشرع ، سيؤدي ذلك في النهاية إلى تعطيل العمل بكتاب الله وإهدار سنة نبيه الكريم صلى الله عليه و سلم.

خامساً: يبقى في الأخير القاضي هو سيد الموقف لما له من سلطة في تقدير و تقييم الأدلة المقدمة له. فقد يستشف من البصمة الوراثية قرينة يطمئن إليها قلبه و تدعم الشهادة و قد يكون العكس في ذلك ، لكن البصمة الوراثية لا تقام بما حجة عند تعارض أدلة الشرع إذا كانت لوحدها. و مع ذلك فقد وضع العلماء المعاصرين بعض الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشهادة و هذه الحالات هي :

الحالة الأولى: و هي حالة التنازع على نسب اللقيط أو الولد ، و كان لكل واحد منهما بينة تعارض بينة الآخر فالذي عليه علماء العصر هو أن البصمة الوراثية لا تستعمل في حالات ثبوت النسب بالبينة من الإقرار و شهادة بحيث إذا ثبت بأي طريقة شرعية مقبولة فلا ينبغي التشكيك فيها و بعبارة أخرى فإنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في إثبات الأبوة الثابتة شرعاً أو إبطالها، و اتفقوا في استعمال البصمة الوراثية في حالة تعارض البينين و المستحلفين للولد الذين لا بينة لهما أو لهما بينة لكنهما متفقان في البينة ن فإن الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية بل إن الدكتور علي القرة داغي يقول : أنه ينبغي اللجوء للبصمة الوراثية لقطع النزاع الدائر بين صاحبي البينين.

و ذلك لأن البصمة الوراثية علم حديث لا يتعارض إعمالها مع نصوص الشرع إذا اتخذت الاحتياطات الشديدة في إجراء اختباراتها.

الحالة الثانية : في حالة تعارض البينتين في هذه الحالة يجب اللجوء إلى البصمة الوراثية لوضع حد للنزاع الدائر بين صاحبي البينتين .

الحالة الثالثة: إذا ادعى شخص عنده بينة (أي شهود) نسب طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بينة. وبعد عرضه لهذه الحالات التي قال بها الفقهاء المعاصرين توصل الدكتور خليفة علي الكعبي في النهاية أن البصمة الوراثية لا تقدم على الشهادة لأنها لا تنطبق عليها المقولة المشهورة التي تقول : أن البينة هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. وذلك في قضايا الحدود والقصاص ونسب الفراش المعلوم نظراً لوجود ما هو أقوى منها كالفراش والإقرار وأما نسب مجهول الهوية فيمكن الاستفادة منها وتدخل فيه تلك المقولة السابقة لأنه لا سبيل لمعرفة نسب مجهول الهوية إلا بالبصمة الوراثية .⁽¹⁾

أما الدكتورة أفورفة زبيدة وبناء على قول فضيلة الدكتور المشرف محمد رأفت عثمان: إذا تعارضت شهادة الشهود مع ما اسفرت عنه الاختبارات الوراثية ، كما لو كان هناك تنازع بين اثنين على طفل كل منهما يدعى أنه ابنه، وشهد شاهدان أو أكثر بأن هذا الطفل ابن لأحد المتنازعين ، لكن اختبارات البصمة الوراثية أثبتت أنه ليس ابنه وإنما هو ابن لآخر، أو ليس ابن لأي منهما وهذه الحالة هي من الحالات التي أوردها الفقهاء المعاصرين ، وتسألت الدكتورة هل يتم في هذه الحالة الأخذ بنتائج البصمة الوراثية ، واستبعاد شهادة الشهود أو استبعاد نتائج البصمة الوراثية والتعويل على شهادة الشهود؟

وكانت إجابتها على هذا التساؤل بأنه إذا ما تعارضت نتائج البصمة الوراثية مع البيئة فإنه يصح بناء الحكم على نتائجها التي لا تقبل الكذب ولا الرجوع فيها وذلك لأن الصفات الوراثية للشخص تبقى ثابتة طوال حياته من تاريخ ولادته إلى وفاته بدلا من بنيه على أقوال الشهود الذين يشهدون بما يعلمون وقد يكون علمهم بالشيء غير صحيح فهي بذلك أقوى من الشهود العدول لأنها تؤدي نفس الغرض وإثبات صدق المدعى أو كذبه بصورة أوثق من الشهود ، وقياسا على عدم الأخذ بشهادة شاهد أو أكثر برؤية هلال رمضان أو غيره من أهلة الأشهر القمرية ، إذا جزم علماء الفلك أنه لا يمكن رؤية الهلال في تلك الليلة التي زعم الشهود فيها الرؤية ، وتخربا أيضا على قول الأحناف والشافعي وأحمد بن حنبل أنه إذا شهد أربعة بزنا امرأة وشهدوا آخرون ببكاؤها فإنه يسقط الحد على المرأة وعلى الرجل الذي اتهمت به رغم اختلافهم على نصاب الشهادة⁽¹⁾.

كما أن احتمال التزوير والخطأ ضئيل جدا يكاد يكون منعدم الوقوع نظرا للظروف العملية التي تجري فيها عمليات استخلاص العينات وتحليلها ومقارنتها ونظرا أيضا للضوابط التي يفرضها القانون بحجيتها على من يمارس هذه المهنة وعلى المخابر التي تتم فيها الخبرة كما أن دور الخبير يقتصر على سحب العينات وإخضاعها لسلسلة من العمليات الكيميائية والتي لا يكون للبشر فيها إلا دور المراقبة وحتى قراءة النتائج التي كانت تتم على يد الخبير أصبحت الآن تقرأ تلقائيا بواسطة نظام آلي معد خصيصا لذلك وللقاضي إذا شك في النتائج الأمر بإجراء خبرة أخرى مضادة على يد خبير آخر.

1 - د/ أفورفة زبيدة مرجع سابق ص 313.

كما توصلت انه يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية في الحالة التي لا يتوفر فيها إلا شاهداً واحداً سواء كان رجلاً أو امرأة لإثبات صحة انتساب طفل إلى رجل معين أو امرأة معينة أو نفيه عنهما خروجاً من الخلاف الفقهي بين من يشترط شاهداً واحداً ومن يشترط شاهدين أو أكثر⁽¹⁾ كبنية لإثبات النسب. خاصة وإن ما تكشفه نتائج اختبارات البصمة الوراثية هو يقيني و هو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق⁽²⁾. وليس الصدق المطلق .

الفرع الثالث : موقف البصمة الوراثية من الإقرار.

من المعروف شرعاً كما ذكر ابن القيم الجوزية ، أن الإقرار أو الاستلحاق هو أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب بل هو الإجماع⁽³⁾.

و من المعلوم أيضاً أن الإقرار بالنسب يتخذ صورتان ، إقرار على نفس المقر ، و إقرار بنسب محمول على الغير، و يشترط في النوع الأول من الإقرار أن يكون المقر به مجهول النسب و أن يصدقه الحس و العقل و أن يصدقه المقر له ، و أن لا يكون فيه حمل النسب على الغير كما يشترط أن لا يكون المقر به ابن زنا لأن الزنا لا تثبت نسباً و أضاف الأحناف شرطاً آخر و هو أن الإقرار بالبنوة يشترط فيه حياة الولد المقر به لأنه لا حاجة لإثبات النسب بعد الوفاة⁽⁴⁾.

و أما بالنسبة للنوع الثاني من الإقرار بشقيه الإخوة والعمومة فيؤخذ فيه بالشروط المذكورة في الإقرار بالأبوة والأمومة مع زيادة تصديق شرط المقر عليه بالنسب وهو الأب في الإقرار بالأخوة أو الجد في الإقرار بالعمومة إذا كان هذان الأصلان على قيد الحياة ، أما إذا كانا متوفيين فإن إقرار الشخص بالأخ أو العم لا يسري إلا على نفسه⁽⁵⁾.

ولمعرفة هل تقدم البصمة الوراثية على الإقرار أورد الدكتور خليفة على الكعبي ثلاث حالات يتم فيها إثبات النسب بالإقرار لا مجال فيها للبصمة الوراثية هذه الحالات هي:

الحالة الأولى: إذا أقر رجل بنسب مجهول النسب وتوفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الاستلحاق مع الإمكان ففي هذه الحالة لا يجوز العرض على القافة لعدم التنازع وكذلك البصمة الوراثية لأن كلا الطرفين قد عبر عن إرادته وصادق عليها بالإقرار وإنما يتم الاحتكام للقافة في حالات التنازع وعدم الاتفاق وعدم التوافق بين الأطراف .

1- د/خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 312 إلى 315.

2- د/ أقورفة زبيدة مرجع سابق ص 314 إلى 316.

3- د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 337 .

4- د . أحمد المرضي سعيد عمر . مرجع سابق ص 101.. 102.

5- دة. أقورفة زبيدة . مرجع سابق . ص 317

الحالة الثانية: إقرار بعض الإخوة بإخوة النسب لا يكون حجة على باقي الإخوة ولا يثبت به النسب لاقتصار آثاره على المقر في خصوص نصيبه من الميراث ، لا يعتد بالبصمة الوراثية لأنه لا مجال للقافة فيها ، لأنه من الشروط المعتبرة للإقرار بالنسبة للإقرار على الغير هو اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب ، ومادام أن الشرط لم يتحقق لزم بطلان الإقرار وإلغاء كل دور للبصمة الوراثية لعدم ثبوت التنازع.

الحالة الثالثة: إذا تم إلحاق مجهول النسب بأحد المدعين بناء على قول القافة ثم أقام الآخر بينة على أنه ولده فإنه يحكم له به ويسقط قول القافة لأنه يدل على البينة فيسقط بوجودها لأنها الأصل كالتميم مع الماء ، فكذلك البصمة الوراثية .

لينتهي إلى القول: ففي جميع هذه الحالات الثلاث لا مجال لاجتهاد البصمة الوراثية وذلك لقوة وحجية الأدلة الشرعية. غير أنه ذكر أن الدكتور وهبة الزحيلي ساق حالة من الحالات التي يكون فيها دور البصمة الوراثية مع الإقرار وهي:

- أن لا يكذب المستلحق (المقر) المقر له بالنسب وليس عند المستلحق دليل يثبت به النسب ، ولكنه يقطع يقينا ويجزم أن هذا ابنه ، ففي هذا الأمر يمكن الاحتكام إلى البصمة الوراثية لأن النسب حق للولد فينبغي على الأب أن يثبته بأي دليل ونظرا لانعدام الدليل فإن البصمة الوراثية تحل محل الدليل ويشترط في هذه الحالة رضا المقر له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية لأن الإقرار حجة على المقر فلا يعتداه إلى غيره.(1)

- أما الدكتور أفورفة زوييدة فبعد أن أوردت شروط الإقرار بالنسب بنوعيه لدى فقهاء المالكية وبعض الشافعية وفي بعض الأحكام الهندية أشارت إلى مسألة الرجوع عن الإقرار وارتأت أنه وفي كل نماذج الإقرار والعدول عنه وما تضبطه من شروط وقيود وحتى يعتد به تصلح البصمة الوراثية أن تلعب دورا أساسيا في حسم الخلاف الفقهي ، فالقائلون باشتراط البينة أو القرينة لصحة الإقرار بالبينة سواء كان صادر من جهة الرجل أو من جهة المرأة فإن البصمة الوراثية تقوم مقامها أي مقام البينة أو الإقرار وحتى بالنسبة للأحناف والحنابلة الذين اکتفوا بتصديق ظاهر الحال بالإقرار فماذا لو أمكن إثبات باطن الحال.

1- د / خليفة علي الكعبي . مرجع سابق . ص 337 إلى 340.

وذهبت إلى تبني نفس الرأي بالنسبة للنوع الثاني من الإقرار (تحميل النسب على الغير) في الأخوة والعمومة وأبنائهم ومدى سريان الاعتراف بالنسب على الأقارب أو قصوره على المقر إذ خضوع الشخص المقر والمقر له أو حتى الأقارب المنكرين الذين يسهم الإقرار بمركزهم المالي سواء كانوا أصولاً أو فروعا للفحص الجيني يتم استخراج الخصائص الوراثية لنسب كل أفراد العائلة ، والتعرف على علامات القرابة التي تجمع بينهم وتؤكد انحدرهم من نسل مشترك أو متغاير تماماً ، فإذا كانت نتائج التحاليل متطابقة الخصائص بين المقر والمقر له دل ذلك أن الإقرار صحيح وتقوم هذه النتائج البيولوجية مقام الحجة التي تفتقر إليها هذا النوع من الإقرار ، وإن تعارضت النتائج مع الإقرار أيا كان نوعه فإن نتيجة البصمة الوراثية هي التي تقدم ، لأن الإقرار دليل ظني بثبوت النسب والخطأ والكذب وهوى النفس كدليل الشهادة. بخلاف البصمة الوراثية التي تنتفي عنها كل هذه الشبهة إذا أجريت بشروطها الشرعية والمهنية. (1)

أما الدكتور سعد الدين مسعد هالالي وفي معرض حديثه عن موقف البصمة الوراثية من تنسيب مجهول النسب فبعد أن أكد أن مجهول النسب باليقين ليس معدوم النسب ذكر أن الفقهاء لا يريدون تنسيبه إلا بحق عن طريق الاستيثاق من صلة الوالدية ولكنهم أي الفقهاء في نفس الوقت يريدون تنسيبه وإلحاقه بأهله للقيام بتربيته والإنفاق عليه ، لذلك تساهل جمهور الفقهاء في تنسيب مجهول النسب لكل من يدعيه دون اشتراط إثبات الفراش ويكتفي باشتراط الإمكان العقلي ، لينتهي إلى القول أنه جاءت البصمة الوراثية التي تحدد الصفات الوراثية للإنسان وبها يمكن معرفة صدق المدعين من كذبهم ، كما أنه يمكن البحث عن أهل مجهول النسب بإجراء البصمة على المشتبه فيهم.

وبهذا تنحصر فائدة البصمة الوراثية على هذا الصنف من مجهولي النسب في كشف صدق الإدعاء والاستلحاق وفي البحث عن أهله من المشتبه فيهم دون ما حاجة إلى الاحتكام إلى الطريقة البدائية (القيافة) التي لم يكن الناس يعرفون سواها بعد أن من الله علينا بنور العلم (2).

وأخيراً أقول أن الفقهاء المعاصرون يجمعون على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية إذا توافرت جميع الشروط المعتمدة له سواء بالنسبة للمقر أو المقر له أو المقر به ولا تظهر الحاجة إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع. (3)

1- د. أقورفة زوييدة . مرجع سابق . ص 318 إلى 319.

2- د. سعد الدين مسعد هالالي . مرجع سابق ص 402 . 403.

3- أنس حسن محمد ناجي مرجع سابق ص 207.

الفرع الرابع: موقف البصمة الوراثية من القیافة والقرعة:

قال الدكتور حسني محمود عبد الدائم في مؤلفه البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات في معرض حديثه عن القیافة، إن هذا الدليل لم يعد له وجود الآن وقال القرعة غير معمول بها في الوقت الحاضر وذلك بسبب التقدم العلمي في مجال تحليل الدم والبصمة الوراثية.⁽¹⁾

وقالت الدكتورة أقورفة زوبيدة وإن كان لهما (القرعة والقافة) بعض الأثر العملي وجانب من الصواب في ظروف معينة باعتبارها من أدوات ذلك العصر فإنه وبسبب التقدم البيولوجي سيدفعنا لا محالة إلى تجاوزهما لما هو أقوى وواضح وأؤكد منهما.⁽²⁾

ويقول الدكتور خليفة علي الكعبي بأن كل موضع فيه قافة أو قرعة فالبصمة الوراثية فيه أولى ، لأن في عصرنا الحاضر لا يعقل لأحد ذي لب وبصيرة أن يلجأ للقرعة أو القیافة مع وجود البصمة الوراثية.⁽³⁾ وقال العالم الدكتور محمد الأشقر وحيث أن البصمة الوراثية قدمت على القافة فمن باب أولى أن تحل بديلا عن القرعة.

وقد اتفق العلماء المعاصرون أن البصمة الوراثية تقدم على القافة في إثبات النسب وذلك لقوة دلالتها العلمية غير المبينة على التخمين وطريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ.

ولكون القرعة لا يلجأ إليها إلا عند تزامن الحقوق وتعارض البيانات لمعرفة صاحب الحق ورد الحقوق إلى أصحابها ، لكن في عصرنا الحاضر لو طبقنا هذا الكلام على البصمة الوراثية للمسنا أثر ذلك جليا في دعاوي النسب فالعلاقة بين البصمة الوراثية وتعارض وتكافؤها في النسب هي أيضا علاقة وثيقة لا تقبل التجزئة ، لأن البصمة الوراثية قد تحل محل القرعة وبالتالي ينجلي غموض واقعة النسب المطلوب التحقق منها.⁽⁴⁾ وبهذا أكون قد وصلت إلى نهاية الأدلة الشرعية لثبوت النسب بدءا من الفراش والإقرار والبيئة والقافة والقرعة وخلصت فيها إلى الأمور التالية:

- أن أحكام النسب مبنية على اجتهادات في تحقيق مناهج الحكم ، وأن ما دون في كتب الفقه يظهر فيه الجانب الشخصي أكثر من الجانب الموضوعي ، وهذا خلافا لما يظنه البعض أن أحكام إثبات النسب ونفيه مفصول فيها بصريح النصوص ولهذا فإن مسائل إثبات النسب على قسمين :

قسم تقرر يقينا عند علماء الشريعة وهذا بلا شك لا دخل للبصمة الوراثية فيه .

1- د/ حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق ص 714 و 717.

2- د/ أقورفة زوبيدة مرجع سابق ص 322.

3- د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 362. 363.

4- أنس حسن محمد ناجي مرجع سابق ص 229 و 241.

- أما القسم المختلف فيه بين الفقهاء والذي يعود معظمه إلى الاستحسان أو إلى تحقيق المناط فإن اعتماد البصمة الوراثية فيه يقضي على الظن والظاهر ويتحقق اليقين الذي يشكل جانباً من الحقيقة القضائية التي ينشدها المجتمع خاصة وأن الأمر يتعلق بأحكام النسب التي تتعلق بالنظام العام ، لتعلقها بحالة الأشخاص . فتكون النتائج التي تقدمها اختبارات البصمة الوراثية أولى بالاعتماد والقبول من تلك الأدلة الظنية .
- لكون أحكام النسب ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمعطيات العلمية فإن تحول المشرع الوضعي من نظام القرائن القاطعة إلى نظام القرائن البسيطة سيساهم في تحقيق اليقين المنشود والحفاظ على حكمة التشريع .
 - إن البصمة الوراثية تعتبر قرينة قوية تصلح نتائجها للاستدلال في كثير من مواضيع الخلاف الفقهي حول طرق إثبات النسب الشرعي ابتداء من الزوجية إلى البيئة والإقرار نهاية بالقيافة والقرعة .
 - فتصح أن تكون كمرجح في مواضيع تنازع الأدلة أو كقرينة تدعم دليلاً على آخر .
 - وكذلك إذا كانت إحدى أدلة ثبوت النسب كالزوجية أو البيئة أو الإقرار قد تطرق إليها ما يردّها أو يضعف حجيتها فيستأنس بالبصمة الوراثية لتأكيد صحة هذه السبل أو بطلانها .
 - كما تصلح في مواطن أخرى أو تكون طريقاً قائماً بذاته يعتمد عليها وذلك حين انعدام دليل يثبت النسب أو ينفيه فتكون هي الفاصل في المسألة .
 - وتقدم نتائجها على دليلي القافة والقرعة في كل الأحوال بهذا أكون قد ختمت الحديث عن موقف البصمة الوراثية من أدلة الشرع من فراش وإقرار وبيئة وقافة وقرعة بقي لي بعد ذلك الاطلاع على آراء علماء العصر اتجاه منزلة البصمة الوراثية من هذه الأدلة الشرعية هذا ما سأبحثه في المطلب القادم .

المطلب الثاني: مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب

انقسم الفقهاء المعاصرون في تحديد مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب الشرعية إلى فريقين: أحدهما يجعل أعلى مراتبها أن تأتي بعد الإقرار وثانيهما يجعلها طريقاً تكميلياً للطرق المثبتة للنسب.

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم الأدلة الشرعية التقليدية، ويمثل هذا الرأي أغلب الفقهاء المعاصرين ⁽¹⁾ ويرون أن البصمة الوراثية تقع منزلتها بين مثبتات الأبوة في المنزلة بعد المراتب التي اتفق الفقهاء على العمل بها ، وبالتالي لا يعمل بها إلا عند عدم وجود الفراش أو البينة أو الإقرار فإن وجد شيء من الوسائل المتقدمة فإن البصمة الوراثية لا تقوى على معارضتها ، بل لا ينظر إليها مع وجودها ⁽²⁾ واستدل هؤلاء الفقهاء في تدعيم وجهة نظرهم على الحجج التالية:

- أن الأدلة الشرعية المثبتة للنسب هي ما أجمعت عليه الأمة منذ عهد الصحابة إلى يومنا هذا على الأخذ بها ⁽³⁾ والقول بتقديم البصمة الوراثية عليها يشكل إبطال للنصوص ومخالفة لإجماع الأمة واستخدامها بإطلاقها يؤدي إلى مزاحمتها لوسائل منصوص عليها شرعاً وفي هذا مصادمة للنصوص أيضاً ⁽⁴⁾ فالشهادة عند جمهور العلماء ليست قولاً في الإثبات لفقهاء وإنما هي إحدى وسائل الإثبات والحجج القضائية المظهرة للحق قام على اعتبارها والاعتداء بها نصوص القرآن والسنة والإجماع .

فكيف يسوغ أن تتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار والتي يعترف الخبراء باحتمال أن يمتد إليها الخطأ من الناحية الفنية أثناء إجراء التحاليل ، فضلاً عن ذلك فإن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب بأدنى الأسباب فلا ينفيه إلا بأقوى الأسباب وهو اللعان ، لذلك فإن القول بتقديم البصمة الوراثية على طرق النسب الشرعية يؤدي إلى هدم أمر مجمع عليه بين العلماء في كافة العصور والأزمان، وعماد جواز البصمة الوراثية هو قياسها على القيافة فغاية الأمر أن تأخذ حكمها وتنزل منزلتها وتقدم البصمة الوراثية على الطرق التقليدية وجعلها مانعة من قبولها هو رأي يخالف ما استنبطه العلماء من أصول الشرع فلا يلتفت إليه. ⁽⁵⁾

1 - منهم د/ محمد سليمان الأشقر ود. وهبة الزحيلي ، د. ناصر عبد الله الميمان و د. علي محي الدين القراعي و عمر محمد السبيل وهو ما أسفرت عنه الحلقة النقاشية لندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة المنعقدة بدولة الكويت يومي الأربعاء والخميس الموافق ل: 28 و 29/01/2000 التي اتفق فيها أغلب الحضور على أن البصمة الوراثية ترقى إلى دليل القيافة ولا تقدم على الشهادة أو الإقرار.

2 - د. ناصر عبد الله الميمان البحث السابق الإشارة إليه . ص 615.

3 - سه ركول مصطفى أحمد . مرجع سابق . ص 167.

4 - د/ أفورقة زبيدة. مرجع سابق ص 324.

5 - د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 374 . 375.

الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على أدلة إثبات النسب التقليدية.

يرى أصحاب هذا الرأي وهم قلة من أهل العلم المعاصرين ⁽¹⁾ ، أن البصمة الوراثية تقدم على جميع الأدلة التقليدية بما فيها الفراش والشهادة والإقرار والقيافة وغيرها ⁽²⁾ ، وهي بذلك ليست دليلاً مستقلاً بذاتها تتقدم على تلك الأدلة الشرعية، وإنما هي بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلة من جهة ومن جهة أخرى تعد مانعاً شرعياً في قبول تلك الأدلة الظنية إذا ما تعارضت معها فهي تدعم دلالة تلك الوسائل الظنية وترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنها قرينة قاطعة تصاحب الدليل الشرعي وليست دليلاً مستقلاً بذاتها ⁽³⁾ واعتمد هؤلاء العلماء في تبرير وجهة نظرهم ، أن الأدلة التقليدية مبنية على الظن الغالب . إذ كلها لا تفيد القطع بوقوع الجماع الذي يكون سبباً للحمل ، فلا الشهود وقفوا بأنفسهم على ذلك ، ولا قيام الفراش مفضي وجوباً بالحصول على ذلك ، ولا الإقرار الذي قد يكون إقراراً على خلاف الحقيقة والواقع، فهي إذن أدلة يتطرق إليها الخطأ والنسيان والتزوير بخلاف الأدلة المادية والتي تسمى " بالشاهد الصامت " والتي تعتمد على قواعد علمية نافية، فتقنية البصمة الوراثية يمكن من خلالها الجزم بإثبات أو نفي البنوة لأنها تعتمد على العلم والحس وتقوم على التسجيل الذي لا يقبل العود و الإنكار بخلاف الأدلة التقليدية التي تعتمد على الظن وتتأثر بالعواطف. ⁽⁴⁾

وفي نفس السياق قال: الدكتور سعد الدين مسعد هلالي أن محل النزاع يتمخض في طريق إثبات الفراش الحقيقي الذي يكون منه الولد والذي حمل الفقهاء إلى التوجه إلى إثبات الفراش الحقيقي عن طريق مظهره بقيام حالة الزوجية هو طبيعة تلك العلاقة الخاصة بين الزوجين القائمة على السرية والحياء وعند العجز عن الوصول إلى أصل الحقيقة فإنه من الطبيعي أن تنتقل إلى مجاز أقرب إلى تلك الحقيقة وأقرب مجاز في مثل هذا الحال هو قيام حالة الزوجية بالعقد كما ذهب إلى ذلك الحنفية أو بالدخول كما ذهب الجمهور ، فإن هذه الحالة تجيز عقلاً وشرعاً اتصال الزوجين ومعاشرتهما.

فاعتبر الفقهاء هذه المظنة قائمة مقام الشهادة على الجماع أو الوطء ولهذا أطلق الفقهاء على هذه الحالة " دليل الفراش " وكأنهم جعلوا مظنة الفراش فراشاً وشاع هذا الاصطلاح (الفراش) دليلاً للنسب ولكنهم في الحقيقة يقصدون مظنة الفراش وليس الفراش وواصل حديثه لإمالة اللثام عن هذا الغموض قائلاً وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دون ما كشف للعورة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين ودون ما تشكك في ذم الشهود أو المقرين أو القافة لأن الأمر يرجع إلى كشف إلى مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي.

1/ د.د. أقورفة زبيدة مرجع سابق ص 327.

2/ سه ركول مصطفى أحمد مرجع سابق ص 170

3/ د.د. أقورفة زبيدة نفس المرجع

4/ د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 372 . 373

فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجأ لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟ وختم رأيه قائلاً : إن وسائل إثبات النسب ليست أموراً تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية ولا نهملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل ، فإذا لم تيسر الإمكانيات لتعميم استعمال البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية المعروفة⁽¹⁾

الفرع الثالث: الرأي المختار

و الواضح في اعتقادنا أن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصحة لأن الأدلة الشرعية مبنية على الظن الغالب بينما البصمة الوراثية وسيلة قطعية الدلالة في أصلها و لها دقة و متناهية و الخطأ فيها نادر و مستبعد و هي تتفوق (أي البصمة الوراثية) على كل الأدلة الشرعية التقليدية فهي و إن كانت تلتقي مع القیافة في عدة جوانب كاشتراكهما في اعتماد الشبه بين الآباء و الأبناء فإن القیافة تتوخى الشبه الظاهر ، الذي كثيراً ما يخطأ فإن البصمة الوراثية تعتمد على الشبه الباطن (أي النمط الوراثي للحامض النووي (D.N.A)) لذلك فإن البصمة الوراثية تتفوق على القیافة لدقة نتائجها ، كما أنها تتفوق على الشهادة التي تبنى على الظن الغالب و يكفي فيها الاستفاضة و الشهرة و احتمال الخطأ و الكذب و ارد جدا وهكذا الحال مع سائر أدلة الإثبات لأنها كلها وسائل مبنية على الظن الغالب و عند مقارنة نتائج البصمة الوراثية نجد نتائج هذه الأخيرة دقيقة و العقل يصدقها ، و إذا كان هناك خطأ في نتائجها فهو يرجع إلى الجهد البشري و الذي يمكن تجنبه بأخذ الحیطة و الحذر عند إجرائها⁽²⁾ كما أن استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب تتحقق معه المصالح الشرعية المعتمدة و تنتفي المفاسد المتوقعة في استخدام الأدلة التقليدية و قد عبر عن ذلك الدكتور سعد الدين مسعد هلالی : وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دون ما كشف للعورة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين و دون ما تشكك في ذم الشهود أو المقرين أو القافة لأن الأمر يرجع الى كشف مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان و التي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن و نترك دليل القطع⁽³⁾

1- د/ سعد الدين مسعد الهاللي مرجع سابق ص 315-316.

2- سه ركول مصطفى أحمد مرجع سابق ص 170

3- د/ سعد الدين مسعد هلالی مرجع سابق ص 315-316

و لهذا قال البعض : إن البصمة الوراثية لو كانت معروفة لدى فقهاء السلف لاعتمدها لأنها تقيم الحجة على صدق المدعي و في نفس السياق قال الدكتور سفيان بن عمر بورقة: لأن دليل إثبات النسب إذا كان صحيحا فيجب أن لا يعارض دليل البصمة الوراثية لأن الشرع يقيني ، و لا يمكن أن يعارض اليقين اليقين و إذا ثبت بالبصمة الوراثية خطأه فكيف لنا أن نأخذ بالظن البين خطأه فالبصمة الوراثية ما هي إلا وسيلة للتحقق من دليل صحة الإثبات (1) .

و سبق أنه و حتى تتأكد هذه المكانة المرموقة للبصمة الوراثية يتعين تأطيرها تأطيرا صحيحا يتفق مع القواعد الشرعية و المعطيات العلمية.

المطلب الثالث: البصمة الوراثية واللعان

من المعلوم أنه إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية المتفق عليها وهي الفراش أو الإقرار أو البينة أو السماع فإن الشارع الحكيم قد حصر نفي النسب في طريق واحد وهو اللعان (2).

ومن المعلوم أيضا أن البصمة الوراثية كقرينة قوية ، أصبحت تستعمل في نفي النسب بصفة قاطعة. ولكون اللعان يقوم على الشك لا اليقين (3) إعمالا لمبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية هو الأخذ بالظاهر والذي يبطل العمل به كلما وجد ما هو أقوى منه أو يعارضه (انعدام أهلية الإنجاب أو قاعدة أقل مدة للحمل) (4) بينما البصمة الوراثية تفيد اليقين والقطع في إثبات النسب ونفيه ، لذلك فإذا شك الزوج في نسب ولده ولا دليل لديه على زنا زوجته ، فهل يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفيه للولد دون اللجوء إلى اللعان ؟ وإذا تعارضت أقوال الزوج مع نتائج التحليل وطالب بإجراء اللعان فهل يجب لطلبه ؟ أم يستغني عنه بالبصمة الوراثية . وبشأن هذا الأشكال انقسم علماء العصر ومجتهداتهم من الباحثين والمفكرين إلى فريقين:

1 - سفيان بورقة . مرجع سابق ص 339

2- د. محمد بن يحيى حسن النجيمي- التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات

مقال منشور بالمجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب . العدد 37 سنة 2004 تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ص 85.

3- د. محمد محمد أبو زيد . مرجع سابق ص 293 .

4- د. مازن إسماعيل هنية ود. أحمد ذياب شويديج. البحث السابق الإشارة إليه .

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللعان:

يرى أنصار هذا الرأي أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان لأن نتائجها يقينية إذا ثبتت أن الولد ليس من الزوج فينتفي منه بالبصمة الوراثية دون اللعان لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة ، وهو رأي الشيخ محمد المختار السلامي ، والدكتور سعد الدين مسعد هلالي الذي قال : " إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان"؟⁽¹⁾

وبهذا يظهر أن أثر البصمة الوراثية ينحصر في أنه دليل مع الزوج أوضده ، فإن كان معه فلا وجه لللعان إلا من أجل المرأة أن تدفع عنها حد الزنا وإن كان ضده وتبين أن الولد منه وجب عليه حد القذف إلا على قول من يرى أن أحد القذف حق للمرأة وبها أن تسقطه أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنا وليس من أجل نفي الولد وأما الدكتور نصر فريد فقال: " إذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت نسب الطفل إلى الزوج فإن نسب الطفل لا يبقى عنه حتى ولو لاعن ، لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب وأن نتائج البصمة الوراثية يقينية ودقيقة فقد يكون باعث الزوج من اللعان هو الكيد لزوجته" .⁽²⁾

- أما الدكتور أوان عبد الله الفيضي في مؤلفه الموسوم بالحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النسب وفي معرض حديثه عن نفي النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فإنه خلص بعد استعراضه لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية في التشريعات الوضعية فإنه خلص من أن مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية يجب التمييز فيها بين حالتين:
- نفي النسب مع القذف بالزنا ففي هذه الحالة لا يقر فقهاء الشريعة الإسلامية نفي النسب إلا باللعان وهذا يعني تقديم اللعان على البصمة الوراثية .
- وفي الصورة الثانية رجح مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللعان بعد عرضه لآراء الفقهاء في هذا الموضوع وواصل قائلاً أنه ومن خلال دراسته للقوانين الوضعية لعدد من الدول لاحظ أن هذه القوانين لا تفرق في مسألة نفي النسب بين النفي المصحوب بالقذف بالزنا أو بدونه.⁽³⁾

1- د. خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 442.

2- د. اقو رفة زبيدة . مرجع سابق ص 332.

3- للاطلاع أكثر على موضوع نفي النسب بالبصمة الوراثية راجع مؤلف أوان عبد الله الفيضي السابق الإشارة إليه ص 189 - 209.

و قال الدكتوران مازن اسماعيل و أحمد أحمد دياب شويديح في هذا الموضوع فإننا لا نرى تجاوز الحقائق العلمية القاطعة في نفي النسب لأن ذلك هو بمثابة دفن الرأس في التراب ، و لكن الواقع الثابت و الشريعة الإسلامية تأبى تسفيه العقول تأبى تجاوز هذه الحقائق ، وانتهيا إلى القول بأنه متى أظهرت الحقائق العلمية عدم انتساب الولد للزوج فانه ينفي عنه دون حاجة لقذف الزوجة أو الطعن في عرضها مما يجعله في دائرة اللعان أو الحد و اشتراطا لذلك :

1. أن تكون الحقائق العلمية قاطعة.
2. و أن يفصل في الأمر الثقة العدل
3. أن يرجع إلى أكثر من جهة مختصة للوقوف على حقيقة الأمر حتى تحصل الطمأنينة و الثقة بقول المختصين⁽¹⁾.

كما قال الدكتور علي القرة داغي في رأيه في المرأة الحامل المقررة بالزنا أو بالشهادة ثم وضعت إذا جاءت النتيجة أن الولد ليس من الزوج فينفي نسب الولد دون الحاجة إلى اللعان لثبوت الزنى الذي هو مظنة كبيرة كون الحمل ليس من الزوج و النص الموجب للعان هو عدم وجود أربعة شهداء أو الإقرار فإذا تحقق ذلك انتفت حاجة اللعان⁽²⁾ و ذهب الدكتور القرضاوي إلى القول أن الاحتكام إلى البصمة الوراثية جائز إذا كان بطلب من الزوجة دون الزوج حتى تتمكن من درء التهمة عن نفسها و تحفظ حقها و ليس في ذلك اعتداء على حق شخص آخر⁽³⁾.

و استدل القائلون بهذا الرأي بقوله تعالى : " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله ، أنه لمن الصادقين و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين " .⁽⁴⁾

فدلت هذه الآية أن الزوج ، يلجأ للعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه ، و بعد التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا ، بل أصبح له شاهد و الشاهد هنا يقصد به البصمة الوراثية ، و هي بينة قوية تؤيد قول الزوج ، فلم يبق هناك موجب للعان أصلا لاختلال الشرط في الآية⁽⁵⁾.

1- د/مازن اسماعيل هنية و الدكتور احمد دياب شويديح.مرجع سابق.ص 20 21.

2- د.علي القرة داغي ، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ،بحث مشار اليه ص.30.

3- يوسف القرضاوي الحلال و الحرام ، الدار البيضاء، المعرفة 1985 فتاوى معاصرة ط3 الكويت دار القلم 2003.

4- سورة النور الآية 06.

5- للإطلاع أكثر على الاعتراضات التي وجهت للاستدلال بالآية الكريمة ، و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهميرجى الاطلاع على مراجع كل من د.خليفة على الكعبي ، مرجع سابق ص.445 447 و مرجع د.حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق 808-810 و مرجع د.عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص.701-708.

و اعترض على هذا الاستدلال بالآية الكريمة بعدة اعتراضات منها :

- لفظ (الشهداء) الوارد في الآية لو جاء بدله كلمة (بينة) لكان لهذا الرأي وجه من الصواب.
- الشهادة في الآية الكريمة هي شهادة و البصمة الوراثية لا يلجأ إليها لأنها لم تكن شهادة سابقة.
- البصمة الوراثية لا ترقى إلى هذه الشهادة التي أوجبها الشارع شهادة أربع شهود فلا يجوز أن تعتبر البصمة الوراثية في قوة الشهادة في إثبات الزنا و ما يستلزمه من نفي الولد ، لأن الشهادة في الواقع لا بد أن تكون صريحة كاملة في مشاهدة أثر ذلك و في مشاهدة الواقعة نفسها بدليل أنه لو تخلى واحد من الأربعة حد الثلاثة و بطلت الشهادة ، و عليه لا يجوز أن تعتبر البصمة الوراثية في قوة الشهادة .
- في هذا الرأي مصادمة للنصوص الشرعية ، و الجرأة على إلغائها و عدم اعتبارها و هذا لا يجوز ، فكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة ⁽¹⁾ و الله تعالى يقول : "و ما كان لمؤمن و لا مؤمنة إذا قضى الله و رسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" ⁽²⁾

الفرع الثاني : مذهب القائلين بتقديم اللعان على البصمة الوراثية .

يرى أصحاب هذا الرأي أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى أن تكون دليلاً يعتد به لإلغاء حكم اللعان و يرون أن اللعان هو المعول عليه في الحكم بنفي النسب و يقتصر دور البصمة الوراثية على التقليل من اللجوء إلى اللعان ⁽³⁾ و هذا لأنه حسب هذا الرأي فإن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان و عليه لا يجوز تقلص البصمة الوراثية على اللعان ⁽⁴⁾ ، و يشكل هذا الرأي توجه عام لدى الفقهاء المعاصرين منهم د/علي محي الدين القرة داغي و د/عبد الستار فتح الله سعيد و د/محمد الأشقر و د/محمد السبيل و د/ناصر عبد الله الميمان و د/وهبة الزحيلي و د/سعد العنزي و الشيخ عبد الله المنيع و عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة ⁽⁵⁾ و الذي جاء فيه : لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان ⁽⁶⁾ و استدلل هؤلاء بجملة من الأدلة منها:

- اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع و له صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغاؤه و إحلال غيره محله أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة و الصحة في نظر المختصين بها. ⁽⁷⁾

1-د. اشرف عبد الرزاق ويح ، مرجع سابق ص.150.

2-سورة الأحزاب الآية 30.

3-أ. بكاي أسماء ، الرسالة السابقة ص.89.

4- د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق ، ص.799.

5 - وردت آراء الفقهاء المعاصرين في مرجع الدكتور اشرف عبد الرزاق ويح ، السابق الإشارة إليه ص 151 حيث يقول مثلاً الدكتور علي محي الدين القرة داغي : فلو فتح هذا الباب -وهو الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب و الاكتفاء بما دون اللجوء إلى اللعان لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء و التساهل في نفي النسب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات و بالتالي إلى فوضى و اضطراب في هذا الأمر الخطير الذي يترتب أي تساهل فيه مفساد عظيم و لذلك لا بد من سد هذا الباب ، ومنع هذه الوسيلة و الذريعة المؤدية إلى ذلك.

6- انظر القرار السابع من قرارات للمجمع الفقهي الصادر في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في عام 2002.

7- أ. بكاي أسماء الرسالة السابق الإشارة إليها ص 92.

- القول بإحلال البصمة الوراثية محل اللعان فيه إهدار لقوة الأدلة و تدرجها لذلك فان النسب الثابت بالفراش لا يمكن نفيه إلا بدليل أقوى من الفراش و هو اللعان⁽¹⁾

البصمة الوراثية مقيسة على القافة فتأخذ حكمها و القافة كما هو معروف تعتمد على الشبه و قد أهدر النبي (ص) الشبه مقابل اللعان في واقعة هلال بن أمية حينما قال بعد الانتهاء من إجراء إيمان الملاعنة " أبصروها فان جاءت به أكحل العينين سابغ الأليلين حدلج الساقين فهو شريك بن سمحاء ، فجاءت به كذلك فقال النبي (ص):لولا مضي من كتاب الله لكان لي و لها شأن" فدل ذلك على عدم الاعتداد بالشبه إذا عارض اللعان حيث العمل بأدلة الشرع سواء كانت مثبتة للنسب أو نافية له على الأدلة العلمية التي تتعارض معها مهما كانت قوتها لأن ما ثبت بالنص أقوى مما ثبت بالقرينة مهما بلغت درجة قوتها.⁽²⁾

- كما استدلل أصحاب هذا الرأي بأن نفي النسب باللعان و تقديمه على الوسائل العلمية المعاصرة يضمن الستر الثابت للمرأة لأنه إذا حدث وقوع اللعان بينها و بين زوجها فانه لا يعرف الكاذب فيهما، و هذا ما جاء على لسان زوجة هلال بن أمية التي لاعن النبي (صلى الله عليه و سلم) بينها و بين زوجها " ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة أوقفوها وقالوا أنها موجبة قال ابن عباس ،فتلكأت و نكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت ، لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت " بينما الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب يفضي إلى إهدار هذا الستر و هذا منافي لمقصد الشرع ، و ما ناقض مقصد الشرع لا يجوز الأخذ به.⁽³⁾

1- أ.ة / بكاي أسماء ، الرسالة السابق الإشارة إليها، ص.92

2- أفورقة زبيدة ، مرجع سابق ، ص.330.

3- الدكتوران مازن اسماعيل هنية و احمد دياب الشويح ، البحث السالف الإشارة إليه، ص.16-17

الفرع الثالث: الترجيح:

والذي يترجح لدي أنه لا يجوز أن تساوي البصمة الوراثية اللعان في نفي النسب وذلك كمايلي:

- أنه يؤدي إلى إهمال العمل بحكم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع .
- أنه يساوي طريقا لنفي النسب ثابتة بالأدلة المذكورة بطريق لا تزال في طور التجربة ويعتريها الخطأ البشري في نتائجها .
- البصمة الوراثية مقيسة على القافة فتأخذ حكمها والقيافة تعتمد على الشبه ، وقد أهدر النبي الشبه مقابل اللعان .⁽¹⁾

لكن مع هذا يمكن أن يستعان بالبصمة الوراثية في تقليل حالات اللعان ، ويكون ذلك إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه ، فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك ، فإن جاءت نتائج البصمة الوراثية تؤكد بأن المولود على فراشه هو ابنه⁽²⁾ دل ذلك .

- على عدم صحة دعوى الزوج وكان ذلك حجة عليه وأمكن بالتالي للقاضي لما له من سلطة تقديرية حرمانه من آثار اللعان وذلك بأن يثبت نسب المولود إليه جبرا . وهذا ما ذهب إليه الدكتور علي محي الدين القرة داغي وعلي يوسف المحمدي ، بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه لا ينبغي له اللعان وهذا الرأي يتفق مع مذهب الجمهور الذي يرى أن اللعان لا يقع إلا بحضور الحاكم فإذا رفض الحاكم طلب الزوج للعان يبق إصراره على اللعان بدون أثر.⁽³⁾ وقد قال في ذلك الدكتور عمر السبيل : وقد ذكر لي فضيلة الشيخ عبد العزيز القاسم وهو أحد القضاة في محكمة الرياض الكبرى . أنه تقدم إليه شخص بطلب اللعان من زوجته للانتفاء من بنت ولدت على فراشه ، فأحال القاضي الزوجين مع البنت على الجهة المختصة بإجراء اختبارات الفحص الوراثي ، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيا ، فكان ذلك مراعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته ، كما زال أيضا بهذا الفحص الحرج الذي أصاب الزوجة وأهلها جراء سوء ظن الزوج فتحقق بهذا الفحص مصلحة عظمى يتشوف إليها الشارع ويدعو إليها .⁽⁴⁾ وأما إذا أصر الزوج على نفي نسب المولود الذي ولد على فراشه ولم يكثر بنتائج الفحص الجيني فحينئذ يجري القاضي بينهما اللعان ويحكم بالفرقة الأبدية دون أن يمس ذلك بشئ من حقوق المولود المعنوية والمادية وهذا ما جنحت إليه دار الإفتاء المصرية سنة 1995 في القضية رقم 635 شمال القاهرة .⁽⁵⁾ أما إذا جاءت نتائج التحليل الوراثي مغايرة للحقيقة البيولوجية ، بأن ثبت يقينا أن الزوج المنكر للنسب لا يمكن أن يكون أصلا للمولود المتنازع عليه كانت نتائج البصمة الوراثية بمثابة أداة تكميلية ودليل إلى جانب الزوج تؤكد صدق دعواه وتحول شكوكه إلى يقين ، فهنا ستكمل إجراءات الملاعنة لقطع النسب عن صلبه وفراق زوجته دون أن يكون لنتائج البصمة الوراثية أثر على حق الزوج أو الزوجة في درء الحد عن نفسها بالملاعنة.⁽⁶⁾

- 1- د/ محمد بن يحيى حسن النجمي . المقال السابق الإشارة إليه ص 86.
- 2- د/ أشرف عبد الرزاق ويح . مرجع سابق . ص 155 – 156.
- 3- دة أفورقة زوييدة . مرجع سابق ص 335 – 336.
- 4- د/ أشرف عبد الرزاق ويح . مرجع سابق ص 156.
- 5 أحداث القضية رقم 635 لسنة 1995 شمال القاهرة باختصار شديد مشار إليها بمرجع محمد الكشيور – البتوة و النسب في مدونة الأسرة مرجع سابق ص 215 – 216.

-تاريخ عقد الزواج 1994/02/10.

-تاريخ حفل الزفاف والدخول بالزوجة 1994/10/17 ثم تبين له حسب ادعائه أن الزوجة ليست بكرا.

- شهادة ميلاد الطفلة المراد نفي نسبها تحمل تاريخ 1995/03/19.

أقوال الزوج:

أ- أنه من تاريخ دخولي على المدعى عليها حتى أواخر ديسمبر 1994 وأنا أرى مصاعب صحية تتناحها وهي تدعي مجرد آلام بالبطن ، حتى فوجئت أنها حامل في أواخر الشهر السابع ولم يبق عن الوضع سوى شهر ونصف على وجه التحديد .

ب- كيف تزف إلي في: 1994/10/17 ومنذ ثلاثة أشهر وهي حامل في شهرها السابع فهذا الحمل إذن ليس مني ، وأنا أطالب بنفيه لتأكيد أنه حال دخولي عليها كانت تحمل هذا الحمل في أحشائها من شخص آخر غيري .

أقوال الزوجة: قالت الزوجة أن المدعى زوجها دخل بها في تاريخ العقد أي في: 1994/02/10. وليس في 1994/10/17. كما يدعي وهذا الحمل منه وقدمت شهادة الميلاد للمحكمة.

شهادة الشهود: أشهدت الزوجة شاهدين بأن عقد القران والدخلة كان بتاريخ: 1994/09/10. وأن أحد الشهود قام بتوصيل العروسين إلى منزل الزوجية وأن المدعى كان يقيم فيه ويتردد على المدعى عليها منذ أن عقد عليها .

أما شهود الزوج فقالوا: إننا حضرنا عند الزفاف وشهدنا المنقولات ، ولا نعلم ما إذا كان المدعي قد دخل بزوجه أم لا ولم تعلم بإيجاب الطفلة إلا خارج المحكمة الآن .
حكم المحكمة: بعد عدة جلسات قامت المحكمة بتوجيه يمين اللعان بين الزوجين وقام بتأديته أمام المحكمة بجلسة 1998/05/11. ثم أجابت المحكمة طلب الزوجة بإحالة الطفلة للطب الشرعي لإجراء البصمة الوراثية للتأكد من نسب الطفلة بتاريخ: الجلسة 1998/07/27.

رأي الطب الشرعي: وكان تحريره في: 2001/04/19 حيث جاء فيه .

بأنه بعد إجراء الفحوصات الطبية على الطفلة بـ ونتائج التحاليل الطبية الخاصة بفصائل الدم الرئيسية والفرعية وتحليل الحامض النووي (D N A) يمكن القول بأن الطفلة / ب هي ثمرة زواج المدعي والد الطفلة وبتاريخ: 2001/04/30 قررت المحكمة عرض القضية على دار الإفتاء المصرية .

قرار دار الإفتاء المصرية في القضية رقم 635 لسنة 1995: وبعد مقدمات عن أسباب ثبوت النسب التي هي الفراش والإقرار والبيئة وبعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة أقل مدة للحمل وأكثرها واستعراض النصوص الشرعية الخاصة باللعان من الكتاب والسنة انتهت دار الإفتاء المصرية إلى الآتي:

أولاً: يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعان أبداً

ثانياً: يثبت نسب الطفلة / ب المولودة بتاريخ: 1995/03/11 إلى والدها المدعي للأسباب الآتية:

1- أن الزوجة قد وضعت بعد أكثر من ستة (6) أشهر أقل الحمل من تاريخ العقد الصحيح وقبل مرور سنة شمسية من تاريخ الوطء والغيبه وأن إمكانية حدوث الحمل من الزوج والتلقيح بينهما قائمة من وقت عقد القران ولا يقدح في ثبوت النسب بالإضافة لشاهدي الزوجة بأن المدعي دخل بالمدعى عليها في نفس يوم عقد القران بتاريخ: 1994/02/10. كما أن شاهديه قرارا فقط أحما حضرا حفل الزفاف بتاريخ: 1994/10/17. ولم يعرفا ما إذا كان قد دخل عليها أم لا وبذلك تطرق الاحتمال إلى الدليل والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال لسقط به الاستدلال ، بالإضافة إلى أن شاهدي الزوجة قررا أن المدعي دخل عليها في نفس يوم عقد القران بتاريخ: 1994/02/10. ولأن الثابت شرعا أن كل من ولد له ولد على فراشه فهو ولده شرعا لحديث الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ومن ثم يقتصر أثر اللعان على درء الحد عن الزوج والتفريق بين الزوجين دون أن يؤثر على نسب الطفلة من لو نفاه الأب ذلك حق الشرع والشارع يتشوف إلى إثبات النسب حفاظا على مصلحة الطفل وعدم تصديقه لأن الواقعة لا يوجد فيها ما يدل على نفي النسب خاصة أن الزوج دخل بها وعاشها معاشرة الأزواج .

2- إن التحاليل الطبية أثبت بفحص الحامض النووي أن الطفلة ب تحمل الصفات الوراثية للمدعي والدها والمدعى عليها والدتها فلا يمنع من نسب الطفلة لوالدها المدعي لأنه يعمل بالدليل العلمي قياسا على إثبات الرسول عليه الصلاة والسلام البنت بالشبه للزوج صاحب الفراش في الشكل ، كما هو واضح في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن هلال بن أمية حينما قال: لولا الإيمان لكان لي ولها شأن فقد أفاد الحديث أنه حتى لو تمت الملاءنة بين الزوجين وولد الطفل شبيها بالزوج صاحب الفراش فإنه ينسب له ولا ينفي عنه ويقاس على ذلك من باب أولى ، ما يقرره الحكم عن طريق الفحوصات والتحاليل الطبية المبينة للنسب أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به الرسول عليه الصلاة والسلام في إثبات النسب وعليه والزوجة أن يربعا حق الله.

6- د/ أفورقة زوييدة . مرجع سابق ص 338.

الباب الثاني

منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات

الفصل الأول

منزلة البصمة الوراثية بين أدلة إثبات النسب

الباب الثاني : منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات:

بعد أن تأكد لدينا من خلال آراء المتخصصين في علم الوراثة والجينات والإرشاد الجيني أن البصمة الوراثية تستعمل في مجالات عديدة والتي ترجع في مجملها إلى مجالين رئيسيين هما المجال المدني والمجال الجنائي. وبناءاً على هذه المعطيات العلمية المؤكدة سنقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين. نخصص الفصل الأول منه لبحث منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب. أما الفصل الثاني فسنخصصه لبحث مسألة منزلة البصمة الوراثية من أدلة الإثبات الجنائية .

الفصل الأول : منزلة البصمة الوراثية بين أدلة إثبات النسب .

الحقيقة أن بحث مسألة الأدلة الشرعية لثبوت النسب ، وموقع البصمة الوراثية منها أمر خطير ومهم جدا ، وذلك أن تقسيم دليل علمي يندرج تحت قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة ، على أدلة ثبتت بالكتاب والسنة والإجماع فهو في قمة الافتراء على كتاب الله إن لم يكن ذلك مبنيا على الحيلة والحذر والضوابط الشرعية والاجتهاد القائم على الكتاب والسنة .

لذلك أثرت الاطلاع على موقف علمائنا المعاصرين وفقهائنا المفكرين في هذا العصر فيما يتعلق بهذه الأدلة الشرعية الصحيحة وموقفها من البصمة الوراثية ، لمعرفة لماذا ينادي الكثير من المختصين وغير المختصين بتقدم البصمة الوراثية التي قيل عنها أنها وفي ميدان النسب استبدلت الظن باليقين لتتربع بذلك على عرش أدلة الإثبات وتنصب نفسها ملكة عليهم محولين الإجابة عن سؤال مؤداه .

ما هي منزلة البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب الشرعية ؟ وهل طابع اليقين الذي يفيد أرجحية تقديمها على تلك الأدلة باعتبار أنها أدلة ظنية بينما البصمة الوراثية تفيد القطع واليقين ؟.

وفي سبيل الإجابة عن هذا السؤال قسمت هذا الفصل إلى ثلاث (03) مباحث :

المبحث الأول: أتناول فيه تعريف النسب واهتمام الشريعة الإسلامية به .

المبحث الثاني: أتعرض من خلاله لطرق إثبات النسب ونفيه .

المبحث الثالث : أبين فيه موقع البصمة الوراثية من طرق إثبات النسب ونفيه .

المبحث الأول: تعريف النسب واهتمام الشريعة الإسلامية به.

سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في المطلب الأول تعريف النسب لغة واصطلاحاً ، وقانوناً أما المطلب الثاني فسأتناول من خلاله عناية الإسلام بالنسب من حيث الوجود والعدم.

المطلب الأول: تعريف النسب**الفرع الأول: تعريف النسب لغة**

ورد تعريف النسب في لسان العرب على أنه (القرابة، فلان يناسب فلان فهو نسيبه أي قريبه، وقيل أن القرابة في النسب لا تكون إلا للآباء خاصة) باعتبار أن الإنسان ينسب إلى أبيه خاصة .

وأما تعريفه في المعجم الوسيط فجاء على أنه الالتصاق في بني فلان أي قرابته فهو منهم ونقول انتسب إلى أبيه أي التصق به ونسب الشيء إلى فلان أي عزاه إليه.⁽¹⁾

والنسب لغة مفرد جمعه انساب، والنسب القرابة، وقيل القرابة في الآباء خاصة، ويكون النسب بالآباء ويكون إلى البلاد ويكون في الصناعة.⁽²⁾

ويظهر من التعاريف السابقة أن النسب في اللغة يطلق على معان عدة منها القرابة والالتصاق والانتماء وجميع هذه المعاني مقصودة في موضوعنا هذا لأن النسب هو قرابة و التصاق وانتماء بين الآباء والأبناء .

الفرع الثاني: تعريف النسب اصطلاحاً:

لم يهتم الفقهاء بوضع تعريف محدد للنسب بل تحدثوا عن مسائله وعالجوا قضاياها ، دون تحديد لمعناه اكتفاء منهم ببيان أسبابه الشرعية ، ولذلك جمعوا فيه مسائل تتصل بالقرابة والمصاهرة لهذا نجد جانبا من الفقهاء والمتقدمين يعرف النسب بأنه القرابة وهي تعني اتصال بين إنسانين أو شخصين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة. وعرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه.⁽³⁾

وهكذا نجد تعريف النسب في الاصطلاح لا يتعد كثيرا عن معناه اللغوي فهو يدل أيضا على القرابة وهكذا يمكن تعريفه بأنه صلة شخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم.

الفرع الثالث: تعريف النسب في القانون

النسب هو العلاقة القانونية بين شخصين ينحدر أحدهما من الآخر كالأب والابن والجد والحفيد في قرابة الأصول والفروع المباشرة وينحدر من أصل واحد كالإخوة وأولاد العم في قرابة الحواشي وتكون القرابة شرعية أو طبيعية.⁽³⁾

وقد عرفه الأستاذ غوثي بن ملحّة بأنه: " رابطة الدم والقرابة التي توجد بين شخصين حيث أحدهما من الولد أو الوالد للآخر"

أما المشرع الجزائري فقد حدد في التقنين المدني المقصود بقرابة النسب بأنها الصلة القائمة بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك (م 32 ق.مدني) وقد ميز في قرابة النسب بين القرابة المباشرة التي تتمثل في الصلة ما بين الأصول والفروع ، وقرابة الحواشي وهي يقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر (م 33 ق.مدني)⁽⁴⁾

1 . د/ محمد الشناوي . مرجع سابق ص 193 .

2 . د/ عبد الرحمن أحمد الرفاعي . مرجع سابق ص 636

3- د/ إقورفة زوييدة . مرجع سابق ص 25.

4- أ.ة طفلياني مخطارية . مرجع سابق ص 04.

المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب

تظهر عناية الإسلام بالنسب من خلال أهميته وكذا طرق حفظه لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أهمية النسب في الشريعة الإسلامية

باعتبار رابطة النسب من أسمى الروابط الإنسانية وأقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، لذلك اهتمت بها الشريعة الإسلامية وأولتها عناية فائقة حفظاً ووقاية وعلاجاً وجعلتها من الضروريات الخمسة، ومن مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب.⁽¹⁾

1. جعل الله سبحانه وتعالى النسب من النعم التي أمتنى بها على عباده وآية من آيات الله الدالة على عظيم قدرته وجليل علمه وحكمته⁽²⁾ كما قال تعالى: " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا."⁽³⁾

2. لم يقتصر حفاظ الإسلام على الأنساب القادمة بل حافظ على الأنساب التي ننحدر منها لنعرف أصلنا، وأصل غيرنا ليكون التلاقي والتراحم والتعاون. قال تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"⁽⁴⁾. وقد برزت عناية الإسلام بالنسب في ناحيتين :

الأولى: تعاليمه وتشريعاته: فقد حرم الله عز وجل عقوق الوالدين فقال تعالى: " وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا" ⁽⁵⁾.... وما رواه عبد الرحمن بن أبي بكره عن أبيه رضي الله عنه ، قال قال النبي صلى الله عليه وسلم : " ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قالوا أنبئنا يا رسول الله قال : الإشراف بالله وعقوق الوالدين" ⁽⁶⁾

الثانية : من ناحية الفطرة : كما بث فينا روح الانتماء إلى الآباء والقبيلة والعشيرة والغضب عند النيل منهم وهذا شيء فطري لكن الإسلام هذب هذا الانتماء ونظمه للابتعاد به عن العصبية، الجاهلية، وأما الافتخار بالنسب والانتساب إلى الأجداد و التحدث عن فضلهم دون تفاخر على أحد فقد فعله رسول الله كما قال في حنين في الحديث الذي رواه البراء بن مالك رضي الله عنه : أنا النبي لا أكذب أنا عبد المطلب.⁽⁷⁾

1- د/ خليفة علي الكعبي . مرجع سابق ص 157.

2- ناصر عبد الله الميمان . مرجع سابق ص 196.

3- سورة الفرقان الآية 54

4- سورة الحجرات الآية 13

5- سورة الإسراء الآية 23.

6- رواه الإمام البخاري صحيح البخاري كتاب الأدب باب عقوق الوالدين ج 8 ص 4 حديث رقم 5976 ومسلم ابن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري

صحيح مسلم تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي بيروت كتاب الإيمان باب بيان الكبائر وأكبرها ج 1 ص 91 حديث رقم 87.

7- أخرجه البخاري . صحيح البخاري كتاب الوصايا باب بغلة النبي (ص) البيضا ج 4 حديث رقم 2874 .

3. حفظ النسب من مقاصد الشريعة: جعلت الشريعة الإسلامية النسب من مقاصد الشريعة

الإسلامية الكبرى و الكليات الخمس التي جاءت للحفاظ عليها وعدته مقصدا شرعيا يفضي إلى حفظ المجتمع ليكون المنبت الصالح الذي يحتضن أبناءه ويرعاهم رعاية تمتد من الولادة لتشمل كل مراحل النمو السوي والتربية النفسية والفكرية والأخلاقية وهذه الرعاية بأبعادها المختلفة تدخل تحت مسمى حفظ النسل.

4. النسب تتعلق به حقوق مشتركة: فيدخل فيه حق الله تعالى وحقوق أطراف النسب وهم الأب

والأم والولد، فتعلقه بحقوق الله لكونه يتصل بجرمان أوجب تعالى رعايتها كمنعه للتبني حيث قال تعالى:

ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ^{٥٠٦٦} .» أما وجه كونه حقا للأب فلأنه يترتب على ثبوت نسب الطفل من

أبيه ثبوت ولايته عليه وثبوت ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له وثبوت حق التوارث بينهما إن مات الولد قبله وأما وجه كونه حق للأم فلأن في إثبات نسب الولد من أمه درءا لتهمة الزنا عنها ودفع العار عنها وعن أسرتها ولثلا تعبر بولد ليس له أب معروف . وأما وجه كونه حق للولد فلأنه يترتب له حقوق اتجاه والديه

بينها الشارع كحق النفقة والحضانة والإرث ولدفع العار عن نفسه بكونه ولد زنا .

الفرع الثاني: رؤية التشريع الإسلامي في النسب بينها من حيث الوجود والعدم. أولت الشريعة

الإسلامية موضوع النسب عناية خاصة وأحاطته بسياج منيع من الأحكام البالغة الأهمية لضمان إثباته وحفظه وجودا وعدما. إذ هو أحد الكليات الخمس التي عليها مدار الشريعة وهي: الدين، النفس، النسل، والعقل، المال .

أولاً: من حيث الوجود: لقد شرع الزواج ورغب فيه واعتبره السبيل الاسمي والمشروع لإيجاد الذرية وانتفاء

النسل كما ضبط أركانه وحدد شروطه وفصل أحكامه حتى لا يترك لأهواء الناس ونزعات النفس. فعن عبد الله قال : قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : " يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ " ^(١) وعن أبي هريرة قال: قال الرسول (ص) : " (ثَلَاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ عَوْنُهُمْ : الْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمُكَاتِبُ الَّذِي يُرِيدُ الْأَدَاءَ، وَالنَّاكِحُ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَافَ) " ^(٢) ولقد جعل الشرع الزواج يقوم على التأييد والدوام والتنجيز ، حتى يقطع الطريق أمام التلاعب بالأعراض ، وحتى ينشأ الأولاد في أحضان والديهم وفي كنف أسرة مستقرة تظللهم بالحنان والأمان ، ولعظمة شأنه وعلو قدره ومكانته جعله القرآن " ميثاقا غليظا " تتحمله الضمائر التي تعرف معنى الميثاق ومسؤوليته .

1- أخرجه البخاري محمد ابن إسماعيل في صحيحه باب من لم يستطع الباءة فليصم ج 7 ص 3 حديث رقم 5066.

2- أخرجه الترمذي محمد بن عيسى في سننه . تحقيق كمال يوسف الحوت (ط - بلا) بيروت : دار الكتب العلمية (د. ن) كتاب فضائل الجهاد باب ما جاء في

الجهاد والنكاح والمكاتب وعون الله إياهم حديث رقم 1655 ح 4 ص 157 واللفظ له قال أبو عيسى هذا حديث حسن .

والزواج في الشريعة الإسلامية لا يتم إلا بولي وشهود ويجب الإعلان عنه وتوثيقه لما في ذلك من حفظ للحقوق وخاصة الحقوق المتعلقة بالمرأة والطفل .

ويترتب عن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية حقوق متبادلة بين الزوجين درج الفقهاء على تسميتها بالحقوق الشخصية كحق الاستمتاع وحسن المعاملة وحرمة المصاهرة وحق التوارث وانتساب الأولاد .⁽¹⁾

. ومن مظاهر عناية الإسلام بالنسب أنه شدد النكير وبالع في التهديد للآباء والأمهات حين يقدمون على إنكار نسب أولادهم الثابت ويتبرؤون منهم ، أو حين ينسبون لأنفسهم أولادا ليسوا من صلبهم وفي هذا يقول الرسول (ص) : " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين وأيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله من شيء ولن يدخلها الجنة " وحرمة الإسلام الانتساب إلى غير الآباء حيث قال عليه الصلاة والسلام في معرض التحذير من ذلك : " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام " .

وحفاظا على النسب ونقائه أبطل الإسلام التبني وحرمه ، واستبدله بنظام الكفالة لحماية شريحة الأطفال الأيتام ومجهولي الأبوين ، وجعل جزاء كافل اليتيم مصاحبة نبي الأمة في الجنة . فعن سهل قال : قال رسول الله (ص) : " أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة الوسطى وفرج بينهما شيئا " .

. كما حرم الإسلام الزنا لما فيه من حرمة وخطورة على العرض والشرف والذي هو أي العرض من مقاصد الشريعة الخمسة وتنبهها لذلك قال تعالى : " وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا " ⁽²⁾ وقرر الشرع لفاعله مائة جلدة لغير المحصن والرجم للمحصن .

ثانيا: من حيث العدم : وحفظا للنسب من الإهدار والضياع ، رتب الشارع الحكيم جملة من الأمور .

1- في سبيل المحافظة على الأنساب من الضياع ألغت الشريعة الإسلامية كل الانكحة الباطلة التي كانت سائدة في الجاهلية كنكاح الشغار ونكاح المتعة أو الاستبضاع وألغت كل عقد خارج إطار العلاقة الشرعية وأوجبت الحد على ارتكاب الفاحشة . وبالمقابل نجد الشرع الحكيم قد سد كل الدرائع والمنافذ التي تفضي إلى الوقوع في الحرام ، والذي هو الطريق الأول لتضييع الأنساب بالنهي عن كل ما يقرب من الفاحشة و يمهدها .

1- وفي مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالنسب يرجى الرجوع إلى كل من: خليفة علي الكعبي . مرجع سابق ص 157 وإمامي حسام الأحمد مرجع سابق ص

38 - 39 والأستاذة بكاي سعاد ص 3 إلى 6. وأشرف عبد الرزاق ويح مرجع سابق ص 10 - 11

2- سورة الاسراء 32

2- تحريم الاختلاط والخلوة بالأجنبية عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سمع النبي (صلى) يقول : " لا يخلون رجل بامرأة ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم " .⁽¹⁾

3- النهي عن التبرج وإبداء الزينة لغير المحارم وفرض اللباس الشرعي
قال تعالى: " وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ خُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرَ أُولِي الإِرَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ " ⁽²⁾

4- تحريم الخضوع بالقول وإطلاق البصر " فلا يخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض وقلن قولا معروفاً . و قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ " ⁽³⁾ وبالإضافة إلى هذه الآداب العامة التي تدخل في المحافظة على الأعراض والأنساب تتجلى أيضا مظاهر اعتناء الشرع بالنسل في الأحكام التالية:
. منع الخصاء والعزل المطلق وكل ما من شأنه أن يقطع النسل .
. تحريم الإجهاض والشذوذ الجنسي .⁽⁴⁾

المبحث الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه

الأصل أن الطريق الوحيد لقيام النسب الشرعي هو فراش الزوجية الذي هو تعبير مهذب استعمله الفقهاء للدلالة على المخالطة الزوجية الصحيحة و فراش الزوجية في الحقيقة هو الذي يحتاج الى دليل لإثباته. لكن درج الفقهاء و الباحثون على استعمال عبارة طرق إثبات النسب بدلا من طرق إثبات الفراش ومقصدهم الأدلة التي يستفاد منها على وقوع العلاقة الفطرية المباحة بين الزوجين لان الفراش مظنة.⁽⁵⁾

1- أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الجهاد والسير باب من أكتب في جيش فخرجت امرأته لحاجة أو كان لها عذر هل يؤذن لها حديث رقم 3006 ج 2 ص 61.

. مسلم في صحيحه كتاب الحج باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره حديث رقم 1341 ج 1 ص 677.

2- سورة النور الآية 31

3- سورة النور الآية 30 - 31.

4- د/ إ أرفوفة زبيدة مرجع سابق ص 30 - 31.

5. د/ أرفوفة زبيدة . مرجع سابق ص 34 - 35.

و عليه تعتبر الولادة السبب الوحيد و الحصري ، لثبوت النسب بالنسبة للمرأة سواء كانت هذه الولادة من زواج صحيح أو من زواج فاسد أو من وطء بشبهة أو حتى من علاقة غير شرعية⁽¹⁾ لذلك فان نسب الولد يثبت من أمه بالميلاد .

عملا بالقاعدة الفقهية **جهالة الأم جهالة واقعية و جهالة الأب جهالة قانونية** و يثبت للولد تبعا لذلك أصول و فروع النسب من جهة الأم.

— وواقعة الميلاد من جهة الأم معلومة في غالب الأحوال لذلك لا يقع فيها نزاع ولا إشكال . أما ثبوت نسب الطفل لأبيه فلا يتم إلا بإحدى الطرق الشرعية أو الطرق القانونية المتمثلة في :

الطرق المنشئة للنسب : والتي تنحصر في الزواج الصحيح كطريق أصلي و مألق به حكما وهو المخالطة بناء على نكاح الشبهة أو العقد الباطل اللذين يفسخان ولو بعد الدخول طبقا للمادة الأربعين (40) من قانون الأسرة الجزائري.

والطرق الكاشفة عنه: والمتمثلة في البينة و الإقرار والقيافة والقرعة .

ولما كان الأساس في النسب هو إثباته أضحي واجب علينا ان نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في **المطلب الأول :** الطرق المنشئة له .

و في المطلب الثاني : أتناول الطرق الكاشفة له والمتمثلة في البينة والإقرار والقيافة والقرعة و هذا حتى يتسنى لنا استيعاب الطرق الشرعية المعروفة في الشريعة الإسلامية و الطرق القانونية التي ينص عليها المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة.⁽²⁾

المطلب الأول: الطرق المنشئة للنسب : تنحصر الطرق المنشئة للنسب في الزواج الصحيح كطريق أصلي وما ألق به حكما وهو المخالطة بناء على نكاح الشبهة أو العقد الباطل اللذين يفسخان ولو بعد الدخول وفقا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري .
ولذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين :

1 . سه رك ول مصط فنى أحمد مرجع سابق ص 51

2 . د/ بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2004 ص 190.

الفرع الأول: الزواج الصحيح (الفراش) وشروط إثبات النسب به :

ثبوت النسب بالفراش كما ذكر ابن القيم في كتابة الشهير زاد المعاد أجمعت عليه الأمة⁽¹⁾، لذلك اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ومثله في الحكم الزواج الفاسد والوطأ بشبهة ينسب إلى زوجها⁽²⁾ لقوله (ص) : " الولد للفراش وللعاهر الحجر . " والمراد به سواء من الناحية اللغوية أو الشرعية أن تكون المرأة حلالا للرجل بناء على عقد زواج صحيح⁽³⁾. ومن أدلة ثبوت النسب بالفراش قوله تعالى : " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ " ⁽⁴⁾

وما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : أختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه وقال بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله (ص) إلى شبهه فرأى شبهها بينا بعينيه فقال : " هو لك يا عبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة لم ير سودة قط . " واشترط العلماء لثبوت النسب بالفراش شروطا خمسة هي:

الشرط الأول: سبق قيام عقد نكاح:

واختلف الفقهاء في هذا الصدد حول كفاية العقد أو وجوب الدخول وإمكانه، فيرى الأحناف أن العقد في حد ذاته كاف لانتساب الحمل إلى الزوج وإن لم يحصل بين الطرفين (الزوج والزوجة) لقاء أو دخول فعلي كأن يكون الزوج مقيما بمكان بعيد يستحيل معه لقاء زوجته والدخول بها أو يكون سجيناً أو أسيراً أو طلقها مباشرة بعد العقد ، لإمكانية الحمل عقلا لثبوت كرامات الأولياء لأن الدخول عندهم أمر ظني فيقام العقد مكانه والعبارة في النسب بالفراش لا بالماء وفي هذا احتياط للولد وعدم ضياعه و ستر على العرض ومنع اللوقوع في مشكلة اللقطاء فإن تيقن الزوج أن الولد ليس منه فله أن ينفيه باللعان. وخالفهم في ذلك الأئمة الثلاثة (المالكية والشافعية والحنبلي) الذين اشترطوا إمكان التلاقي وإمكان الوطء والدخول.

وذهب ابن تيمية إلا أنه لا يثبت فراش الزوجية إلا بمعرفة الدخول المحقق (أي حصول الوطء)

1 . د/ خليفة علي الكعبي . . مرجع سابق ص 169.

2 . د/ حسني محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 697 .

3 . تعريف الفراش للدكتور احمد فراج حسين مشار إليه بمرجع د/ خليفة علي الكعبي ص 171

4 . سورة البقرة الآية 178.

وبرر وجهة نظره بأن أهل اللغة وأهل العرف لا يعتبر المرأة فراشا إلا بعد البناء بها وقد تعرض هذا الاتجاه الفقهي إلى اعتراض الكثير عنه لصعوبة معرفة حصول الوطاء من عدمه لتعلقه بالزوجين فقط وبالتالي تبني رأي هذا الاتجاه قد يؤدي إلى ضياع الكثير من الأنساب لذلك يعلق جمهور الفقهاء الحكم على الدخول الحقيقي أو إمكانيةه ويجعلونه إمارة ظاهرة على قيامها بالمرأة التي تنتقل إلى بيت زوجها ويعاشرها على مرأى ومسمع الناس إذا وضعت مولودا فنسبه إلى هذا الزوج ثابت دونما حاجة إلى طريق آخر لإثباته كالإقرار والبينة. وعلى قول الجمهور درج المشرع الجزائري حينما نص صراحة على شرط إمكانية الاتصال في المادة (41) من قانون الأسرة: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة " (1)

وفي نفس الاتجاه سار المشرع المغربي حينما نص في المادة 154 من المدونة المغربية للأسرة ".....وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا" (2)

. وقد عدل المشرع المصري عن موقفه السابق الذي كان يتفق مع مذهب الأحناف الذين يكتفون في إثبات النسب بالعقد وذلك بعد أن تأكد من فساد أخلاق الكثير من الزوجات اللواتي قمن بإدخال أحمالهن من الفاحشة على أزواجهن وجاءت المادة الخامسة عشر لتمنع ذلك وتقرر (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها منذ العقد) ونفس الموقف اتخذته المشرع الأردني في المادة السابعة والأربعين بعد المائة (147) : (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها منذ العقد)

ومن الملاحظ على التشريعات التي جعلت من إمكانية الاتصال كشرط للحقوق النسب أنها قصدت إمكانية الاتصال لا تحققه الفعلي مادام أن الاتصال الجنسي بين الزوجين مما لا تطلع عليه الناس عادة . (3) وقد أكد قضاة المحكمة العليا في الجزائر شرط قيام الزوجية وإمكانية الاتصال بين الزوجين كدليل لإثبات النسب في عدة قرارات لهم نذكر منها القرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08 والذي جاء فيه : (من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر .) ومن المقرر قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية (08) أيام .

ومتى تبين في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينفي نسب الولد بالطرق المشروعة، ولا تأثير لغية الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون. (4)

1- د/ بلحاج العربي . مرجع سابق ص 192.

2- د/ محمد الكشيور . مرجع سابق ص 98 . 99 .

3- أ. سه ركول مصطفى أحمد . مرجع سابق ص 80 - 81.

4- أ. باديس ذياي مرجع السابق ص 16 - 17.

أما الشرط الثاني: أن يكون الزوج ممن يولد لمثله :

أي أن يكون بالغاً على اختلاف بين الفقهاء في تحديد سن البلوغ وإمارته بين فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتمدوا في تحديد البلوغ كمبدأ عام على البلوغ الجنسي الذي يكون بظهور أمارته الطبيعية وهي اثنان يشترك فيها الذكر والأنثى كالإنزال وإنبات شعر العانة (عانة الرجل وعانة المرأة) وتنفرد الأنثى بزيادة الأمور التالية:

الحيض ، الحمل ، والتدبير . واستثناء على المبدأ العام عمد فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحديد اكتمال أهلية الزواج بسن معينة وذلك حين تتأخر الإشارات الطبيعية في الظهور على اختلاف الفقهاء في تحديد مداه حيث حددها الإمام أبو حنيفة بثماني عشرة سنة للفتى وسبعة عشرة سنة للفتاة بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عنهم بخمسة عشرة سنة للفتاة والفتى معا وحددها أخيراً الفقه المالكي بثماني عشرة سنة كاملة لكلا الجنسين .

وبسبب اختلافهم في تحديد سن البلوغ ، اختلفوا في شرعية زواج الصغار وترتب عن هذا الاختلاف ظهور رأيين فقهيين .

الرأي الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بصحة زواج الصغار ممن دون سن البلوغ ودليلهم في ذلك قوله تعالى: (وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ " ويقصد هنا َّ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ " حسب المفسرين ، الفتاة الصغيرة وعلى ذلك يتضح من تحليل هذه الآية أن عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر وبما أنها كذلك وأن العدة لا تكون إلا عن طلاق الذي هو بدوره لا يكون إلا عن زواج صحيح تم الدخول فيه بصاحبه .

الرأي الثاني: هو رأي أقلية الفقهاء ومنهم عبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم والذين ذهبوا إلى منع زواج الصغار منعاً مطلقاً لأن القرآن جعل النكاح للبالغين في قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً .) وقد دلت هذه الآية على أن البلوغ علامة على انتهاء الصغر وهكذا فإن تحديد سن البلوغ بسن معينة مسألة مستحدثة ولا علاقة له بالآراء الفقهية التي قال بها الفقهاء وقد حدد المشرع الجزائري أهلية الزواج في المادة 07 من الأمر 05 - 02 بتمام 19 سنة كاملة للرجل والمرأة وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل أحكام البلوغ منوطة بحقيقته بل أناطها بسن معينة من عمر الإنسان⁽¹⁾ .

1- د/ تشوار حيلاني . الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية . ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون . الجزائر طبعة 2001 ص

وبناء على ماتقدم فإن الفقهاء الذين قالوا بأن البلوغ يتحدد بسن معينة قالوا أيضا بأن النسب دون هذه السن لا يلحق أي لانسب لمن لم يبلغ سن البلوغ. وعلى عكس المذهب الثاني الذين ربطوا البلوغ بظهور إمارته كالاحتلام وإنبات الشعر وتغيير نبرة الصوت فإنهم لم يلتزموا بسن معينة وقرروا إلحاق نسب البالغ به حتى ولو لم يبلغ السن المحددة لذلك وبهذا الرأي قال الظاهرية. ولما كان هذا الشرط " ممن يولد لمثله" تتعلق به بعض المسائل الفقهية كالعينين والمحجوب والخصي ارتأيت من الضروري الإشارة إليها ولو بإيجاز مقتضب .

. فالعينين: هو من لا يقدر على الجماع لمرض أو كبر سن وشرعا هو من لا يقدر على جماع فرج زوجته هذا عند الحنفية ، وعند المالكية هو الذي له ذكر لا يتأتى الجماع به للطافته وامتناعه عند الجماع . أما عند الشافعية فهو العاجز عن الوطء في القبل خاصة للين ذكره وانعطافه وعند الحنابلة هو العاجز عن الإيلاج وبشأنه هناك شبه إجماع بين الفقهاء ويقضي بثبوت نسب الولد منه .

. وأما عن المحجوب: وهو الذي استؤصل ذكره وخصيته فقال الفقهاء عنه أن النسب يثبت له فيما لو جاءت بالولد في سنتين لأن خلوة المحجوب توجب العدة لأن ثبوت النسب من المحجوب لا يدل على الدخول لأنه لا يتصور منه حقيقة وإنما يقذف بالماء فكان العلوق بقذف الماء .

. وأما الخصي: فهو من نزعت خصيته وبقي ذكره والجمع خصيتان والخصيتان بالتاء هما البيضتان . وقد خصه البرخسي فقال: (والخصي كالصحيح في الولد والعدة لأن فراشه كفراش الصحيح وهو يصلح أن يكون والدا والوطء منه يتأتى)⁽¹⁾

ومناط اختلاف الفقهاء هو اختلافهم على مسألة إمكانية وصول ماء الرجل إلى المرأة على جهة يحدث معها الحمل أولا ، فمن تصور إمكان دخول الماء دون إيلاج في صورة من الصور أثبت النسب فيها ، ومن لم يتصور ذلك في صورة من الصور لم يثبت النسب . وهذا يؤكد إذا حدث اليقين بعدم وصول الماء لم يثبت النسب .⁽²⁾

الشرط الثالث: أن يولد الولد بين مدتي الحمل المقررتين شرعا :

لإعمال الأصل الشرعي (الولد للفراش) وضع فقهاء الشريعة الإسلامية حدا أدنى وحدا أقصى لمدة الحمل . أما بالنسبة لأقل مدة الحمل وهي ستة أشهر (06) باتفاق الفقهاء⁽³⁾ على أنها ستة أشهر قمرية و دليل ذلك الجمع بين الآيتين الكريمتين. الأولى قوله تعالى : " وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۚ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۚ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا "⁽⁴⁾

1- د/ خليفة علي الكعبي . مرجع سابق ص 194 - 199.

2- د/ مازن اسماعيل هنية و د/ أحمد ذياب شويديح . البحث السابق الإشارة إليه ص 11.

3 - بدائع الصنائع ج 3 ص 211. المهذب ج 2 ص 143 السنن الكبرى للبيهقي ج 2 ص 442 القناع ج 5 ص 479 عائشة الدسوقي ج 2 ص 474 .

4- الآية 14 من سورة الأحقاب.

والثانية قوله تعالى: "و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة" (1) ذلك أن نطرح مدة الفصال المضمنة في الآية الثانية و هي عامين من مدة الحمل والفصال المضمنة في الآية الأولى و هي ثلاثون شهرا يبقى أقل مدة الحمل ستة أشهر خالصة (2)

مع ملاحظتين في هذا الشأن الأولى ما قاله البعض بان الولادة لسته أشهر نادرة جدا.

أما الملاحظة الثانية فهي ما اجمع عليه فقهاء المالكية من انه في حكم الستة أشهر ما نقص عنها بيسير (قليل) كأربعة أيام أو خمسة لأنه لا يتوالى أربعة أشهر على النقص فيمكن أن تتوالى ناقصة و الشهران الباقيان بعد الرابع التام ناقصان أيضا أما إذا كان النقص ستة أيام فالذي عليه الأكثر و هو الصحيح ، انه لا يكون حكمه حكم الستة (3).

وفي هذا الصدد ، تروي كتب الفقه أن رجل تزوج امرأة فولدت بعد ستة أشهر من إبرام عقد الزواج فهم **الخليفة عثمان رضي الله عنه** الى توقيع الحد عنها برجمها ، فعارضه ابن عباس قائلا: لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم فإن الله تعالى يقول : " و **حملة وفصاله ثلاثون شهرا**" و يقول : " **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**" وهكذا درء الخليفة عثمان رضي الله عنه الحد عن هذه الزوجة و اثبت نسب الولد من الزوج. (4)

كما ورد أن امرأة وضعت حملها لسته أشهر بعد زواجها فهم **الخليفة عمر بإقامة الحد عليها** فنبهه علي بن أبي طالب إلى الآيتين : " **وحملة وفصاله ثلاثون شهرا**" و " **ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين**" فدل ذلك من تلك الواقعة أصبح هذا الاجتهاد محل إجماع و عمل مستقر عليه عبر العصور . "فالآيتان الكريمتان تؤكدان أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهرا فإذا تم طرح مدة الرضاع أي عامين كاملين بقيت مدة ستة (06) أشهر وهي أقل مدة للحمل ، وهي المدة التي أكدها العلم الحديث وأيدها وجعلها مدة كافية لتنمية أعضاء الجنين وتكوين نشأته وبإمكان أمه أن تضعه ويكون قابلا للحياة شأنه في ذلك شأن بقية المواليد. والمدة الدنيا هي محل اتفاق بين أهل الطب و أهل الفقه وهي أيضا ما استقر عليه القانون الوضعي في كل الدول العربية و الغربية منها المادة 42 من ق الأسرة الجزائري و المادة 128 من ق. ش.أ السوري والمادة 154 من مدونة الأسرة المغربية و المادة 312 من القانون المدني الفرنسي .

1- الآية 213 من سورة البقرة .

2 د/محمد الكشيور. مرجع سابق ص 86 .

3- د/ محمد أبو زيد .البحث السابق الإشارة إليه ص245 .

4- ورد ذكر هذه الواقعة في مرجع الدكتور أفورقة زوييدة السابق الإشارة اليه في الصفحة 41

لذلك فإذا حدث و أن وضعت المرأة مولودا قبل ستة (06) أشهر من البناء بها لم يثبت النسب لزوجها صاحب الفراش لتيقن أن العلوق كان من ماء غير ماء الزوج مثل الدخول بها ، وينتفى عنه النسب دون حاجة إلى اللعان لقيام القرينة على ذلك .

. وحتى من الناحية العملية فان موظف الحالة المدنية ملزم قبل تسجيل المواليد الجدد في السجلات الرسمية ، التأكد من تحقق هذا الشرط بمقارنة تاريخ العقد بتاريخ الوضع فان كان اقل من ستة أشهر امتنع عن تسجيله على لقب الزوج و كان المولود معلوم الأم و مجهول الأب و تخضع لأحكام المادة (64) من قانون الحالة المدنية الجزائري .

وإذا كان الإجماع حاصلًا بالنسبة للمدة الدنيا للحمل وهي ستة (06) أشهر فإن الخلاف هو العنوان بخصوص الحد الأقصى لمدة الحمل وقد انقسمت أقوال الفقهاء بهذا الشأن إلى ثلاثة آراء.

حيث ذهب الرأي الأول: أن أقصى مدة الحمل هي تسعة (09) أشهر وقال بهذا الرأي داود الظاهري وابن حزم الظاهري واستدلوا لرأيهم بما رواه البهقي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت فلنجلس تسعة (09) أشهر حتى يستبين حملها فإن لم يستبين حملها في تسعة (09) أشهر فلتعتد بعد التسعة (09) أشهر ثلاثة أشهر عدة التي فقدت الحيض.

بينما ذهب الأحناف أن أقصى مدة الحمل هي سنتان كاملتين وإلى هذا ذهب السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها واستدلوا لرأيهم بما رواه البهقي والدارقطني عن داود بن عبد الرحمن عن ابن جريح عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: " ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل".

في حين ذهب الشافعي إلى تحديد أقصى مدة الحمل بأربع سنوات وحددها مالك بخمس سنوات واستدلوا لرأيهم بما رواه البهقي عن داود بن رشيد قال: سمعت الوليد بن مسلم يقول: قلت لمالك ابن أنس أي حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لا تزيد المرأة على حملها سنتين قدر ظل المغزل فقال سبحانه الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن أربعة سنين.

ويبدو لي أن أنسب الأقوال في تقدير مدة الحمل القصوى هو قول الإمام محمد أبو زهرة على هذه التقديرات حيث قال : " والحق في هذه القضية أن هذه التقديرات لم تبن على النصوص بل على ادعاء في الوقوع في هذه المرء وأن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الواقع ما يؤكد التقادير بخمس ولا أربع ولا ستين وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر وقد يوجب الاحتياط لتقديره بسنة " .

ومنشأ هذا الخلاف في تحديد المدة القصوى للحمل يرجع إلى أن المسألة لم يرد بشأنها نص في القرآن والسنة لذلك جاءت أقوال الفقهاء متباينة تعكس ثقافة عصرهم .

ولكون المسألة طبية بحتة وجب احترام رأي الأطباء في هذا الخصوص والتي تشير أن مدة الحمل الطبيعية هي **280 يوم** تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة الحامل وبما أن الحمل يحدث عادة في اليوم الرابع عشر أو الخامس عشر من بدء الحيض فإن مدة الحمل الحقيقية هي : **280 يوم . 14 يوم = 166 يوم** . وهي مدة متوسطة بين أنواع النساء وتوافق تسعة أشهر قمرية وهذا ما يؤيد الواقع عند كل امرأة حامل في هذا العصر ويؤكد الأطباء إلى إمكانية تأخر الحمل بأسبوع أو أسبوعين أو شهر فقط وأن نسبة وفاة المواليد عند الميلاد تزيد وتتضاعف

فيما إذا تأخرت مدة الحمل عن **42 أسبوع** ، وذلك بسبب تلف المشيمة وإذا تأخر الحمل عن تسعة أشهر فإن المشيمة تكون فيها رصيد من الغذاء يكفي الجنين لمدة أسبوعين وبعد ذلك لا يجد الجنين ما يتناوله فيدخل في مجاعة الأمر الذي يؤدي إلى وفاته ومن النادر أن يعيش الجنين أكثر من خمسة وأربعين أسبوع وهذا ما جعل الأطباء متفقون أن أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر .

و الخلاف الفقهي في تحديد أقصى مدة الحمل ، انعكس أيضا على المشرع الوضعي الذي تشعبت آراؤه و تباينت تشريعاته الأسرية في هذا الموضوع ، فالمشرع الجزائري حددها في المادة 42 من قانون الأسرة بعشرة (10) أشهر و اعتبر بذلك من التشريعات القليلة التي نزلت في أقصى مدة الحمل عن سنة، بينما حددها كل من التشريع الفرنسي والكويتي و المصري و السوري بسنة شمسية أو قمرية على اختلاف بين هذه التشريعات في ذلك .

و أشير أن أقصى مدة الحمل تراعى عند إنهاء العلاقة الزوجية القائمة ابتداء من يوم الوفاة الحقيقية أو الحكمية أو من تاريخ التصريح بفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع .
و يشترط لثبوت النسب بالفراش توافر الشروط المذكورة آنفا و أن لا ينفي الزوج الحمل أو المولود باللعان .

أما عن الشرط الرابع: إثبات النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية :

من المعلوم أن الرابطة الزوجية في القانون الجزائري تنحل بصورتين هما الطلاق مهما كانت صورته أو بوفاة الزوج . وفي الحالتين لا تأثير على نسب الولد إن حلت الرابطة الزوجية بإحدى الصورتين مادام الحمل يأخذ مداه الأدنى والأقصى .

. فالمادة **43** من قانون الأسرة تؤكد أن نسب الابن يكون لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .⁽¹⁾ وبحث مسألة نسب المولود الذي يأتي بعد الطلاق أو الوفاة في حقيقة الأمر هو امتداد لشرط المدة في الفراش الصحيح .

ولإعمال قاعدة مدتي الحمل المقررتين شرعا وقانونا، يجري العمل على التمييز بين نسب المولود بعد الفقرة ونسبه بعد الوفاة .

فبشأن نسب المولود الذي يولد بعد الفقرة يجب التمييز بين :

نسب المولود الذي يوضع قبل الفقرة والدخول : فإذا حدث وأن جاءت المرأة بالولد بعد الطلاق وقبل الدخول بها ، فإن النسب يثبت من المطلق متى كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر ، وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق فيكون الولد للفراش ، ولا ينتفي النسب في هذا الفرض إلا باللعان ، أما إذا جاءت به بعد مضي ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق فإن النسب لا يثبت وأساس عدم ثبوته في هذا الفرض هو أنه لا يصح ثبوت النسب إلا بعد التيقن من أن الحمل من هذا الزواج وهذا التيقن منتفي لأن الولادة قد حدثت بعد مضي فترة من الطلاق دون دخول بحيث تكفي هذه المدة للظن بأن الحمل جاء من غير الزوج ، ولكون الأمر ظني لا يقيني فقد أقر الفقهاء بأن نسب الولد يثبت إذا ادعاه الزوج ويحمل ذلك على أنه اتصل بزوجه بناء على شبهة ، فالنسب أمر يحتاط في إثباته بقدر المستطاع صونا للعرض وحماية للولد من الضياع ، إلا أن مذهب الجعفرية لا يقر إثبات النسب إذا جاء الولد بعد الطلاق دون دخول ، فالنسب لا يثبت عندهم إلا بالدخول المحقق ومضي المدة المحددة للعمل وهي ستة أشهر من حين الوطء ، وإذا اختلف الزوجان في زمن المقاربة وكانت هناك وقائع وقرائن تدل على قول الزوجة أو على قول الزوج عمل بحسبها أما إذا فقدت الأدلة واشتبه الحال أخذ القاضي بقول الزوجة بعد أن يحلفها اليمين على أنه قاربها منذ ستة أشهر وألحق الولد بالزوج .

1- أ. باديس ذيايي مرجع سابق ص 32.

نسب المولود الذي يوضع بعد الفرقة وبعد الدخول: حتى يثبت نسب المولود بعد الفرقة وبعد الدخول يجب أن يكون قد ولد خلال مدة معينة ، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد سريانها ، ومرد الاختلاف هو التمييز بين نوع الفرقة من عدمه .

فالفقهاء الذين لا يميزون بين نوع الفرقة وهم جمهور الفقهاء يذهبون إلى القول أنه لا فرق بين ولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها ، ولا بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا ولا بين أن تكون العدة واجبة أم غير واجبة فمتى كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدة للحمل ، فإن النسب يثبت من المطلق أو من الزوج المتوفي ولا ينتفي إلا باللعان .

أما إذا كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة أكثر من الحد الأقصى لمدة الحمل فلا يثبت النسب ، وينتفي تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان .⁽¹⁾

وهذا هو المعمول به في القانون الجزائري لأن المادة 43 من قانون الأسرة نصت على : "أن ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة. "وعلى هدي أحكام هذه المادة سارت المحكمة العليا بمناسبة طرحها للعديد من قراراتها فقد جاء في قرارها :

" من المقرر شرعا أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ، و أن عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة هي عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". ومتى تبين من قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين ، وأن الانفصال الواقع كان إثر خلاف بينهما ولم يكن في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة حتى يخضع لأحكام المادتين 43 - 60 من قانون الأسرة ومن ثم فإن العصمة بينهما قائمة والزواج شرعيا وثبت نسب التوأمين لأبيهما ، لأن الطاعن لم ينفه بالطرق المشروعة أي الملاعنة ، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا .⁽¹⁾

وفي قرار آخر حسم قضاة المحكمة العليا مسألة الانفصال والطلاق بقولهم " أنه ينسب الولد لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا ، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق . وفي معرض تأسيسه ذكر القرار أن الطرفين المتخاصمين تزوجا بعقد رسمي مؤرخ في 18/01/1998 وأن العلاقة الزوجية انتهت بينهما بحكم مؤرخ في 16/11/1998 وأن الولد (هـ) ولد بتاريخ 21/02/1999 أي بعد عدة أشهر من الطلاق أي خلال المدة المحددة والأوضاع المبينة بالمواد 41 - 42 و 43 من قانون الأسرة وهو ما عبر عنه قضاة الاستئناف ونوهوا عنه في حشيتاتهم لما قالوا : أن الولد (هـ) حملت به أمه خلال العلاقة الزوجية فهو للفراش ، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن غير مؤسس واستوجب رفض الطعن .

1- د/ محمد محمد أبو زيد البحث السابق الإشارة إليه ص 250 . 258.

2. قرار المحكمة العليا رقم 343 76 مؤرخ في 16/07/1990 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث ص 75

وهو المعمول به أيضا في مصر بموجب القانون رقم 25 لسنة 1929 حيث لم يفرق القانون المصري في الحكم الذي قرره المادة 15 منه تبعا لنوع الفرقة ، فسواء كانت بالوفاة أو الطلاق الرجعي أو البائن أو الفسخ ثم ولدت الزوجة وكذا لأقصى مدة الحمل وهي (سنة) ثبت ولدها من الزوج وإذا ولدته بعد مضي أكثر من سنة لا يثبت نسبه من الزوج .⁽¹⁾

ونفس الحكم أخذ به المشرع المغربي في المادة 2/154 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت: يثبت نسب الولد بفراش الزوجية .

1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا.

2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق .⁽²⁾

. وهناك اتجاه فقهي يتزعمه الحنفية ، يرى أن ثبوت نسب الولد يتوقف على ولادته خلال مدة معينة إلا أن هذه المدة تختلف في قدرها وفي بدء سريانها باختلاف نوع الفرقة وتبعا لوجوب العدة من عدمه وعلى هذا فقد ميزوا بين نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا وبين نسب ولد المطلقة طلاقا بائنا .

ومعلوم أن الطلاق الرجعي هو الذي يمكن للزوج مراجعة زوجته فيه دونما حاجة لعقد ومهر جديدين فيمكنه بمجامعتها لذلك فإنه إذا جاء الولد خلال فترة العدة دون إقرار الزوجة بانقضاء مدتها يثبت النسب من الزوج المطلق سواء أتته الزوجة من مدة الحمل أو لأقصاها .

أما إذا جاء الولد بعد انقضاء العدة وهذا بإقرار الزوجة شخصيا فعلى أن نميز بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا وضعت مولودها بعد انقضاء المدة الدنيا للحمل (06 أشهر) من إقرارها ففي هذه الحالة لا يلحق نسب المولود بالمطلق لاحتمال أن يكون من رجل غيره .

الحالة الثانية: إذا جاءت بالمولود قبل انقضاء المدة الدنيا للحمل من إقرارها في هذه الحالة يلحق نسب المولود بالمطلق ، على أن لا تتجاوز المدة بين الطلاق ووضع الحمل المدة القصوى للحمل (10 أشهر) لأنه إذا جاءت به بعد انقضاء المدة القصوى للحمل يثبت أن إقرارها بانتهاء العدة كان كاذبا لكونها كانت حاملا وانقضاء العدة يكون بوضع الحمل .

1- القانون 25 لسنة 1929 في مادته 15 مشار إليه في بحث د / محمد محمد أبو زيد

2- د / محمد محمد أبو زيد بحثه السابق الإشارة إليه ص 259.

وفي الطلاق البائن يحرم على الزوج معاشرته زوجته أو أن يطأها أي رجل آخر خلال فترة العدة ، فيثبت نسب الولد للزوج المطلق إذا جاء المولود خلال مدة العشرة أشهر من تاريخ الطلاق لكن إذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمل تصديقها وجاءت بالطفل لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار لا يثبت للمطلق .

أما بشأن إثبات النسب بعد وفاة الزوج : حسب المذهب الحنفي يثبت نسب ولد المتوفي عنها زوجها في حالتين :

. إذا أقرت بانقضاء العدة وتوافر الشرطان الاتيان:

الشرط الأول: أن تكون المدة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة أقل من ستة أشهر . وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل انقضاء العدة أو وقتها إذ يعد ذلك إمارة على أن الحمل حدث من الزوج ، أما عن إقرارها بانقضاء عدتها فلا يعتد به ، لأن ثبوت أنها حامل وقت العدة أو قبل انقضائها قد تبين كذبها فيه ، أو أنها مخطئة في التقدير و عليه يعد الإقرار باطلا ومن ثم لا يعمل به .

الشرط الثاني: أن تكون المدة المنقضية من تاريخ الطلاق أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصى مدة الحمل . وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق ، وهذا يؤكد أن الحمل وقع وقت كانت تحل لزوجها أن يتصل بها وهذا يعد إمارة على حدوث الحمل من الزوج فيحكم ثبوت النسب احتياطيا . فإذا انتفى أحد هذين الشرطين ينتفي النسب تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان .

. لهذا وفي معرض حديثه عن المادة 43 من قانون الأسرة والتي حددت حكم المطلقة أو المتوفي عنها زوجها على أنه يثبت ولدها إذا ولدته خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة دون أي تمييز بين المطلقة رجعيا والمطلقة بائنا .

أشار الدكتور بلحاج العربي إلى ضرورة إجراء التمييز في هذا الموضوع لأن فقهاء الشريعة الإسلامية فرقوا بينهما .⁽¹⁾

أما الدكتور محمد أبو زيد وبعد مقارنته بين القانونين المصري والكويتي بشأن هذا الموضوع اتضح له أن القانون الكويتي قد أخذ باتجاه الحنفية القائم على التمييز تبعا لنوع الفرقة ، عكس القانون المصري الذي أخذ باتجاه الجمهور في وضع حكم موحد لجميع حالات الفرقة .

ولاحظ أن هذه الأحكام المعمول بها في القانونين مازالت تطرح بعض المشكلات لكون هذه الأحكام لم تقض على مشكلة ضياع الأولاد واختلاط الأنساب واقترح كحل لذلك تحول المشرع من إتباع أسلوب القرينة القاطعة إلى أسلوب القرينة البسيطة ، لتمكين الطرف المتضرر من اللجوء إلى الطرق العلمية التي يمكن بها أن يعيد التوازن بين الرجل والمرأة في هكذا دعاوي .⁽²⁾

1- د/ بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مرجع سابق ص 193

2. د/ محمد محمد أبو زيد البحث السابق الإشارة إليه ص 262 - 264.

الشرط الخامس : إثبات نسب الطفل الناتج عن طريق التلقيح الاصطناعي :

لم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مشروعية التداوي من الأمراض و العلل التي تعكر صفو حياة الإنسان و تسبب له ضررا ماديا أو معنويا سواء كانت أمراض عضوية أو نفسية والتي يدخل ضمنها العقم و نقص الخصوبة . و لكون التلقيح الاصطناعي يعد وسيلة طبية حديثة في علاج العقم و القضاء على أسبابه تلقته الأوساط العلمية بالقبول من خلال ثبوت فعاليتها في الممارسة الطبية ، و لقدرة الفقه الإسلامي على استيعاب كل المستجدات التي تظهر في كل زمان و مكان بفضل سعة قواعده و عموم نصوصه وثبات مقاصده⁽¹⁾. تمكن فقهاء الشريعة الإسلامية و بناء على طرق إثبات النسب المستقر العمل بها من تحديد نسب المولود الناتج عن عمليات التلقيح الاصطناعي ، باختلاف ما إذا ولد هذا الولد من زوجين على قيد الحياة و تربطهما علاقة زوجية ، أو كان قد ولد من زوجين لا تربطهما هذه العلاقة سواء كان انقطاع هذه العلاقة بالوفاة أو بالطلاق.

فبالنسبة للمولود من زوجين على قيد الحياة :

سواء كان التلقيح داخليا بأخذ السائل المنوي من الرجل و تلقيحه ببويضة المرأة داخل رحمها ، أو كان التلقيح خارجيا بطريقة طفل الأنبوب فإن النسب في هذه الحالة يثبت للطفل من جهة الأب والأم وذلك كما يلي :

- 1- أن هذا الفرض لا يثير أدنى مشكلة من ناحية تحديد النسب ، إذ المعتبر في النسب ماء الزوج وماء الزوجة ، وقد ثبت أن ماء يهما هما اللذان أجري بهما التلقيح .
- 2- أن الزوج وإن لم يقر صراحة بثبوت النسب إلا أنه أقر ضمنا برضائه بعملية التلقيح وموافقته على حمل امرأته بهذه الطريقة .
- 3- أن البيئة متوفرة هنا ، إذ الطبيب والقائمون بالعملية وكذلك الإجراءات التي تم اتخاذها بالمركز الذي أجريت فيه العملية كلها أدلة على صحة نسب الطفل إلى والديه⁽²⁾

نسب طفل التلقيح المولود بعد الطلاق أو الوفاة: إذا ولد الطفل بطريق التلقيح الصناعي من زوجين أنقضت علاقتهما الزوجية سواء كان هذا الانقضاء بالطلاق البائن أو بالوفاة بأن يكون لهما رصيد من الأجنة مجمدة في إحدى مراكز التلقيح فإن هذا الولد يثبت نسبه الشرعي من أبويه لتحقيق كونه من ماء يهما ويرى البعض أن هذه المسألة يجب التفريق فيها بين فرضين :

1-د. / زبدة إقروفة . التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي . دار الهدى عين مليلة الجزائر . طبعة 2010 ص 127.

2-د/ أحمد محمد لطفي أحمد . التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء . دار الفكر الجامعي طبعة 2006 ص 197 – 200.

الفرض الأول: أن تتم العملية بعد انتهاء الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة وتأتي الزوجة بالولد خلال سنة من تاريخ إنقضاء هذه العلاقة وفي هذه الحالة يثبت نسب الولد من جهة أمه سواء كانت معتدة من طلاق أم من وفاة لأنها هي التي حملت وولدت وكذلك النسب من جهة الأب يثبت لأن الطفل ولد على فراش الزوجية أيا كان نوع الطلاق .

الفرض الثاني: أن تأتي المرأة بالولد بعد أكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة وهنا يجب التفرقة بين أمرين : **الأول :** إذا أتت بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق سواء كان رجعيا أم بائنا ، فإما أن ينكره أو يقره فإن أنكره المطلق فلا يثبت نسبه منه وهنا يكفي الإنكار للنسب . أما إذا أقره المطلق ففي هذه الحالة يثبت نسبه منه بإقراره كإقرار الرجل بالولد المجهول النسب غاية ما هنالك أنه يشترط أن لا تكون الزوجة فراشا لزوج آخر . وأن يصدر الإقرار مستوفيا لشروطه ولا أثر لإنكار الورثة لنسب الصغير بعد ذلك .

الأمر الثاني: إذا أتت بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الوفاة فالأمر يتوقف على إقرار ورثة الزوج المتوفى بالنسب أو إنكارهم له ، فإن أقره الورثة فيكون إقرار بنسب فيه تحميل على الغير ويأخذ حكمه وإذا أنكره فلا يثبت نسبه كحالة إنكار الزوج المطلق.⁽¹⁾

الفرع الثاني : إثبات النسب بنكاح الشبهة

تعريف الشبهة : بأنها ما يشبه الثابت و ليس بثابت ، ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص و هو من الأحداث القليلة الوقوع في أيامنا هذه . و الدخول بشبهة على ثلاثة أنواع إما أن تكون شبهة الملك أو شبهة العقد أو شبهة الفعل.

أولا : شبهة الملك : و تسمى أيضا شبهة الحكم أو شبهة في المحل كأن يشتهب الدليل الشرعي على الرجل فيفهم منه إباحة وطء المرأة في حين انه غير مباح له ذلك و من أمثلتها : أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه ظنا أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في المطلقة طلاقا رجعيا اعتمادا على قول الرسول (ص): “الكنايات راجع” .⁽²⁾

ثانيا: شبهة العقد : حاصله أن يتزوج رجل امرأة زواجا صحيحا في البداية على اعتقاد أنها حل له و هو حل لها ثم يتضح بعد الدخول أنها أخته من الرضاع مثلا و هو بذلك يشبه العقد الفاسد من حيث أحكامه و آثاره .⁽³⁾

1- د/ أحمد محمد لطفي أحمد . مرجع سابق ص 201.

2- محمد محي الدين عبد الحميد . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعة أولى 1984 ص 362.

3- د/ عبد العزيز سعد . الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري طبعة 1989 ص 214.

ثالثاً : شبهة الفعل : و فيها يعتقد الشخص حل الفعل و يظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف أو خبر من الناس ومن أمثلة ذلك أن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثاً في العدة ، أو يواقع الرجل امرأة على أنها زوجته ثم يتبين له بعد ذلك أنها ليست زوجته .⁽¹⁾ وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بالشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب وفي الآخر لم يثبتوه.

ففي شبهة الفعل: يرى البعض أن النسب لا يثبت للولد الحاصل من وطء في أية حالة من حالاتها وذلك لأن النسب لكي يثبت يجب أن يكون ملك أو حق المحل إذ هو لا يثبت بغير الفراش ولبعض الفقهاء اعتراض في شبهة الفعل إذ يقولون في من زفت له غير امرأته وقيل له هذه امرأتك فوطئها فهي ليست زوجته حقيقة بل أجنبية عنه ومع أن هذا عندهم شبهة في الفعل فإن النسب يثبت للولد الحاصل من وطء فيه .

وفي شبهة العقد : فيها يسقط الحد عن الفاعل وإن قال علمت أنها حرام ويثبت النسب لأن الوطاء تعلقت به شبهة ، أما عند أبي يوسف ومحمد أبو الحسن صاحب أبي حنيفة فإن الحد لازم وكذلك لا يثبت النسب إن كان يعلم بالحرمة وعند الإمام مالك في نكاح المحارم أما من يعقد على أمه أو أخته أو عمته أو ذات رحم محرم منه ويوطأها فإنه يحد كذلك حد الزنا مادام أنه عامد وعالم التحريم ولا يثبت به نسب أما إذا لم يكن عالماً بالحرمة فإن الحكم منه عندهما هو الحكم عند أبي حنيفة فيسقط الحد ويثبت النسب .⁽²⁾

أما في شبهة الملك: فإن النسب يثبت للولد الحاصل في الوطاء بناء عليها إن ادعاه الواطئ وذلك لأن الفعل ليس بزنى لوجود الشبهة في المحل ، لأن النسب يحتاط في إثباته وجاء في الجوهرة أن كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه إذا ادعاه . وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب وفي بعضها الآخر لم يثبتوه ومرد ذلك إلى الحكم به واقعة الدخول هل تعتبر بالزواج الفاسد أو بالباطل وما ينشأ عنه من آثار أخرى غير النسب من حيث العقوبة أو من حيث الأحكام كالعدة والصداق وحرمة المصاهرة .⁽³⁾

1- محمد محي الدين عبد الحميد .مرجع سابق ص 166

2- عبد العزيز سعد . مرجع سابق ص 214.

3- د/ بلحاج العربي . مرجع السابق ص 196.

. ولما كان الزواج بشبهة يعني كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد . ومن الصور التي ذكرها الفقهاء لنكاح الشبهة

. الارتباط بالمرأة التي تدعى انقضاء عدتها وهي لم تنته بعد لتغيظ الزوج الأول.

. موافقة الزوج لمباته في العدة / . الدخول على غير الزوجة بأن تزف إليه خطأ.

. الدخول بالزوجة ثم يتبين أنها من المحارم .

. وقد ألحق المشرع الجزائري بنكاح الشبهة كل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد من 32 إلى 34 من قانون الأسرة وهي تشمل :

. فقدان ركن الرضا الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا . (م 32 ق.أ)

. تخلف شرط من شروط الصحة كالولي والشهود وانعدام الأهلية (م 33 ق.أ)

. الدخول بإحدى المحرمات تحريما مؤقتا أو مؤبدا (م 34 ق.أ)

. اقتران العقد بشرط ينافي مقتضياته (م 32 ق.أ)

. ففي كل الصور المذكورة آنفا وإن اختلف الفقهاء فيما بينهم حول تصنيفها في النكاح الفاسد أو في نكاح الشبهة وبالضرورة الاختلاف في الأحكام التي تترتب على مثل هذه الحالات بين موسع ومضيق بالنظر إلى نية الفاعل وعلمه بالحل والحرمة إلا أن الغالبية منهم على كلمة واحدة بخصوص نسب الحمل الناتج عن هذه العلاقة بغض النظر عن تكييفها الشرعي كعلاقة صحيحة أو فاسدة لا يقرها الشرع ، إذ يفرق وجوبا بين الطرفين ولو افترضنا رغبة الطرفين في الاستمرار معا ، فإنه في كل الأحوال نسب المولود مصان محفوظ لتعلق حق الله تعالى به ، وحق العبد معا ، على أساس أن العلاقة الزوجية التي نتج عنها كانت قائمة على العقد مع حصول ظن حل الفعل أو حل المحل أو كون المسألة خلافية فلهذا الاعتبار يحترم الحمل ويكون ولدا شرعيا بنفس الشروط التي أوردها الفقهاء في الحمل الناتج عن الزواج الصحيح .

ولإشارة فإن المشرع الجزائري يثبت النسب في الزواج الباطل دون تمييز بين الشخص الحسن النية والسيئ النية وقرارات المحكمة العليا بشأن قيد الجهل أو العلم بالحل والحرمة متضاربة ومتناقضة بالإضافة إلى تناقض نص المادتين (40 و 41 ق.أ) حيث سوت الأولى بين الزواج الصحيح والباطل في الوطاء بشبهة في مسألة ثبوت النسب أما الثانية فقد قيدت ثبوت النسب بكون الزواج شرعيا ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وبمفهوم المخالفة انتفائه في الحالات الأخرى .⁽¹⁾

1- د / أقورفة زبيدة . المرجع السابق الإشارة إليه ص 49 . 50.

المطلب الثاني : الطرق الكاشفة عن النسب:

تتمثل الطرق الكاشفة عن النسب في البينة والإقرار والقيافة والقرعة باعتبارها وسائل تنصب على إظهار نسب شخص مجهول فيكشف عنه بهذه الطرق ويصبح علنا ومعتزف به شرعا وقانونا وسأوردتها في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول: البينة.

تعتبر البينة إحدى طرق إثبات النسب شرعا باتفاق العلماء و هي أقوى في إثبات النسب من الإقرار، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره، أما البينة فحجيتها متعددة، لا يقتصر الحكم الثابت بها على المدعى عليه وحده بل قد يثبت في حقه وحق غيره.

والبينة مأخوذة من الناحية اللغوية من البيان والوضوح، استبان الصبح وضح وهو على بينة من أمره أي على وضوح وكأن صاحب الحق إذا ما قدم بينة إنما ثبت بها حقه فيزيل ما كان حوله من لبس وخفاء ليتضح أمام الجميع.⁽¹⁾

وفي الاصطلاح الشرعي : هي اسم لما يبين الحق ويظهره والمراد بها الشهادة لأنها تبين ما التبس ، ويكشف الحق فيما اختلف فيه أو الشهود لأن بهم يظهر الحق .⁽²⁾ كما جاء عنها أيضا أنها اسم لكل ما يظهر به الحق سواء كان إمارات أم قرائن أم شهود.

ولذلك يصبح المقصود بها كل حجة أو دليل يؤكد واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات الشرعية أو القانونية مما ورد النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية . والبينة التي يثبت بها النسب هي: **الشهادة**: التي تعني في حقيقتها إخبار الإنسان بحق ما لغيره، وهي بهذا المفهوم تخالف الإقرار الذي يعتبر في جوهره إخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه.⁽³⁾ والشهادة واجبة شرعا تطبيقا لقوله تعالى: " ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم"⁽⁴⁾.

والقاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب لدى جمهور الفقهاء هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين⁽⁵⁾ . وأدلة مشروعيتها من الكتاب والسنة والإجماع.

1- انظر في التعريف اللغوي للبينة للسان العرب 563/1 والقاموس المحيط 1554/2.

2- وفي التعريف الاصطلاحي للبينة يرجى الرجوع إلى كل من :

د/ محمد بن يحي حسن نجيمي ، التحليل البيولوجي للجنينات البشرية وحجيتها في الإثبات . بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب العدد 37 مارس 2004 ص 77.

. وانس محمد ناجي . البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب . دار الجامعة الجديدة طبعة 2010 ص 207 .

3- د/ محمد الكشيور . مرجع سابق . ص 129-130

4- الآية 283 من سورة البقرة

5- د/محمد الكشيور. مرجع سابق ص 86

أما الكتاب فقد دلت عليها آيات كثيرة منها قوله تعالى:

"واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، ممن ترضون من الشهداء".⁽¹⁾
وقوله تعالى : " واشهدوا ذوي عدل منكم وقدموا الشهادة لله " ⁽²⁾

أما في السنة فهناك أحاديث كثيرة دلت على مشروعيتها منها الحديث الذي رواه عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله (ص) : " شاهدك أو يمينه. " وحديث بن عباس " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه"⁽³⁾

وقد انعقد الإجماع على مشروعيتها لإثبات الدعاوي ولم يخالف في ذلك أحد .

وإذا كان الإجماع قد حصل لاعتبار الشهادة وسيلة لإثبات النسب ، فإن الخلاف هو العنوان بالنسبة للنصاب المكمل لها .⁽³⁾

وإثبات فراش النسب يتم بشهادة الاستفاضة التي تقوم على التسامع والاشتهار واقتصر الفقهاء في حجية الاستفاضة على ما كان يعلم بالاشتهار والسماع كالموت والنكاح والنسب لأنه يتعذر العلم غالبا بدون الاستفاضة.⁽⁴⁾

وعلى المستوى التشريعي والقضائي وقع خلاف في تحديد مفهوم البينة ، فهناك من قصر مفهومها على شهادة الشهود واستند في ذلك إلى قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 15/06/1999 تحت رقم 222674 الذي أكد من خلاله قضاة المحكمة العليا أن طرق إثبات النسب محددة في المادة 40 من ق.أ.س والتي من بينها البينة ولو كان المقصود بها المعنى العام لاستجاب قضاة المحكمة العليا لاختبارات فحص الدم كدليل علمي لإثبات النسب وهناك من قصد بها المعنى الشامل لكافة الأدلة لكون المشرع الجزائري في م 40 ق. الأسرة في النص العربي استعمل مصطلح البينة وفي النص الفرنسي استعمل مصطلح **preuves** .⁽⁵⁾

1- سورة البقرة الآية 282

2 . سورة الطلاق الآية 2

3- للتفصيل في أقوال الفقهاء حول النصاب المكمل للشهادة، يرجى الرجوع إلى بكاي سعاد . مرجع سابق ص 13. ود/ بديعة علي أحمد . مرجع سابق ص 44 . 49.

4- د/ حسني محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 709.

5- للاطلاع على الجدل الفقهي الدائر حول مصطلح البينة في القانون الجزائري يرجى الاطلاع على الأستاذ باديس ذيابي مرجع سابق ص 78 . 84 و مرجع د/ أقورفة زبيدة مرجع سابق ص 54.

الفرع الثاني : الإقرار

يعتبر الإقرار الوسيلة الثالثة لإثبات فراش النسب ، وهو أضعف من الشهادة لأنه يقوم على شهادة رجل واحد ، لذلك كانت حجته قاصرة على المقر ويعبر عنه أيضا (بالاستلحاق) .

ويعرف الإقرار في اللغة بأنه وضع الشيء في مكانه بمعنى الإثبات والاعتراف، يقال أقر بالحق اعترف به وقرره غير بالحق حتى أقر به وأقره في مكانه فاستقر وقرره بالشيء حملة على الإقرار به ، وقر الشيء جعله في قراره ، وقر عنده الخبر حتى استقر وقر الشيء قرا من باب ضرب استقر بالمكان والاسم القرار ومنه قيل لليوم الأول من أيام التشريق يوم القر لأن الناس يقرون في منن للنحر والاستقرار التمكن وقرار الأرض المستقر الثابت. (1)

ومن الناحية الاصطلاحية هو الاعتراف بما يوجب حق على قائله بشروطه. (2)

وعرفه المالكية بأنه خبر يوجب حكم صدقه على قائله بلفظه أو بلفظ نائبه. (3)

وعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه " اعتراف شخص بواقعة تكسبه حقا ، مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار ". (4)

وعرفته محكمة النقض الفرنسية " الإقرار تصريح بقره شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية. " (5)

هذا في مطلق الإقرار الذي يمس كل الحقوق وكل الدعاوي أما الإقرار بالنسب فهو على نوعين: إقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة وهو ما يعرف لدى الفقهاء بالإقرار بالنسب محمول على المقر نفسه ويعبر عنه أيضا بالإقرار الذي ليس فيه تحميل بالنسب على الغير .

الإقرار في غير الأبوة والبنوة والأمومة وهو ما يعرف بالإقرار بنسب محمول على الغير ، ويعبر عنه أيضا بالإقرار الذي فيه حمل النسب على الغير كأن يقول شخص " فلان أخي " . أو تقول امرأة هذا ابني ففي هذه الحالة لا ينسب النسب للأب إلا إذا أقر أبوه بالبنوة. (6) ودليل مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: "وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه، ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه ، بالعدل" (7).

1- د. دة / بديدة علي أحمد. مرجع سابق ص 33

2- د. دة / اقورفة زوييدة . مرجع سابق ص 54.

3- أنس محمد ناجي . مرجع سابق ص 194.

4- د / عبد الرزاق أحمد السنهوري الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، دار أحياء التراث بدون سنة للطبع ص 582.

5- د / بكوش يحي : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين الشركة الوطنية للنشر والتوزيع 1981 ص 263.

6- أة طفياقي مختارية. مرجع سابق . ص 61.

7- سورة البقرة الآية 281.

وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على

أنفسكم...." (1) أما دليل مشروعيته من السنة. (2) قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي يرويه مسلم عن أبي هريرة وأزید بن خالد الجهيني حيث قال: "والذي نفسي بيده لأقضي بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد وعلى ابنك جلد مائة وتعريب عام واغدوا يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها . قال : فعدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله (صلى الله عليه و سلم) فرجمت . "وهكذا دل هذا الحديث أن مسألة توقيع الحد معلق على الاعتراف وكان هذا دليل الإقرار .

واشترط الفقهاء لصحة الإقرار بالنسب في كلا النوعين شروطا لابد من تحققها لصحته وثبوت النسب به. (3)

1- أن يكون المقر به مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع بنسبه الثابت من غيره وقال النبي (ص): " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام متفق عليه."

2- أن يكون المقر بالنسب بالغاً عاقلاً مختاراً .

3- أن يكون المقر له بالنسب ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر وذلك بأن يولد مثله فلو أقر من عمره عشرون عاماً ببنة من عمره خمسة عشر عاماً لم يقبل إقراره لاستحالة ذلك عادة .

4- أن لا يكذب المقر له المقر ، إن كان أهلاً لقبول قوله ، فإن كذبه فإنه لا يصح الإقرار عندئذ ولا يثبت به النسب .

5- أن لا يصرح المقر بأن المقر له ولده من الزنا ، فإن صرح بذلك لا يقبل إقراره لأن الزنا لا يمكن أن يكون سبباً في ثبوت النسب لقوله (صلى الله عليه و سلم) : " الولد للفراش وللعاهر الحجر "

6- أن لا ينازع المقر بالنسب أحد لأنه إذا نازعه أحد فليس أحدهما فإن لم يكن فإنه يعرض على القافة فيكون ثبوت النسب لأحدهما بالقيافة لا بالإقرار .

. أما النوع الثاني من الإقرار وهو الإقرار على الغير فيشترط لثبوت النسب به إضافة إلى الشروط

المتقدمة الشروط التالية:

1- اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب المذكور.

2- أن يكون الملحق به النسب ميتاً لأنه إذا كان حياً فلا بد من إقراره بنفسه .

3- أن لا يكون الملحق به النسب قد انتفى من المقر له في حياته باللعان ومتى توافرت شروط الإقرار بنوعيه ترتب عنه ثبوت النسب والأحكام الأخرى كالميراث والتحريم وأصبح ملزماً للجميع حفاظاً على استقرار الأنساب والأسر والمجتمع لتعلق حق الله به ومن ثم لا يجوز للورثة ولا للأقارب الاعتراض عليه أو رفضه طالما أن صاحب الحق الأول قد أثبتته في ذمته .

1- سورة النساء الآية 135

2- أ. أنس حسن محمد ناجي . مرجع سابق ص 196.

3- أ. بكاي سعاد . مرجع سابق ص 12.

وهذا ما نصت عليه المادة 85 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية لا تسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالإقرار الصحيح .⁽¹⁾

وقد قرر الفقه المالكي بنفاذ الإقرار ولو تم في مرض الموت⁽²⁾ وقد تبني المشرع الجزائري نفس القاعدة عندما نص في المادة 44 من قانون الأسرة : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو بالأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" ونفس الحكم تبناه المشرع المغربي في مطلع المادة 160 من مدونة الأسرة وأخذ المشرع الكويتي بذات القاعدة حيث نص في البند الأول من المادة 173 من قانون الأحوال الشخصية لسنة 1984 على أنه:

أ - إقرار الرجل ببنوة مجهول النسب ولو في مرض الموت يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة ولم يقل أنه من الزنا . وعلى هدى المبادئ السابقة جرى العمل القضائي فقد ورد في قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1998/12/15. ملف 202430 بحمل في بطن امرأة إلخ. كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار ولزم الإقرار حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل والدفع بالمادة 41 من ق. أ س التي تحدد مدة الحمل لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعوله.⁽³⁾

. وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما نص صراحة على الإقرار بالأمومة و الأبوة إلى جانب الإقرار بالبنوة على عكس المشرع المغربي الذي أغفل النص على الإقرار بالبنوة إذ جاء نص المادة 160 من مدونة الأسرة بالكيفية التالية :

"يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقرولو في مرض الموت". وهكذا يكون المشرع المغربي أغفل التطرق إلى فرضية الإقرار بالأبوة أو بالأمومة من جانب الولد . ويترتب على الإقرار بالنسب جميع نتائج القرابة فتمنع بالمصاهرة والرضاع و تستحق به نفقة القرابة و الإرث .

و هذا ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 157 من مدونة الأسرة وهذا يعني أن الإقرار بالنسب لا يختلف مطلقا عن أثر النسب الثابت عن طريق الفراش ذلك أن هذين النظامين يختلفان من حيث وسيلة الإثبات فقط و لكنهما يلتقيان بخصوص و حدة الآثار بينهما⁽⁴⁾.

1- د.د/ اقورة زوييدة مرجع سابق ص 60.

2- د/ محمد الكشيور مرجع سابق ص 126.

3- قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1998/12/15 ملف 202430 الاجتهاد القضائي عدد خاص سنة 2001 ص 77.

4- د/محمد الكشيور نفس المرجع ص 116-117.

ومعلوم أن دعاوى إثبات النسب بالإقرار نوعان:

__ دعوى نسب ليس فيها تحميل على الغير: ومثاله كأن يرفع ابن دعوى إثبات نسب على أبيه و كان هذا الأخير على قيد الحياة ، ففي هذه الحالة تقبل الدعوى مجردة من أي حق آخر من النسب فهذه الدعوى مقصودة لذاتها و المدعي عليه خصم في هذه الدعوى مباشرة . أما إذا كان المدعي عليه ميتا ، فان رفع الدعوى مجردة لا تسمع لأنه قضاء على ميت و هو غائب ، و لا يصلح القضاء على الميت قصدا و إن كان يجوز تبعا فالمدعي عليه في النسب ميتا لا يمكن إقامة الدعوى عليه و بالتالي لا تقبل الدعوى لا إلا إذا رفعت ضمن صنف آخر كالمطالبة بالميراث و يكون الخصم في هذه الدعوى احد الورثة.

__ دعوى نسب فيها تحميل على الغير : و مثالها أن يرفع المدعي دعوى يطلب فيها الميراث فيرد المدعي عليه بإنكار حق المدعي صفته التي يستند عليها في الميراث.

فهنا على المدعي أن يثبت دعواه ولا يثبت نسبه من المتوفي الذي يريد حصته من تركته ، كون الطلب الأساسي و المقصود في الدعوى هو الحق المترتب على ثبوت النسب إذا كان الانتساب إلى الميت ليس هو الهدف بل يبقى مجرد و سيلة لإثبات الحق المتنازع عليه والخصم ليس من حمل عليه النسب و إنما هو كل من له و عليه حق في التركة ، كالورثة أو قد يكون الوصي أو الموصى له وقد يكون الدائن. وبوفاة من يدعى الانتساب إليه لا تسمع الدعوى إلا إذا كانت ضمن حق آخر على شخص حاضر⁽¹⁾.

الفرع الثالث: القيافة والقرعة

أولا: القيافة: سبق لنا عند تعرضنا في المبحث الثاني من الفصل الأول عند التعرض لتمييز البصمة الوراثية عن بعض المصطلحات المشابهة لها التعرض إلى تعريف القيافة في اللغة والاصطلاح لذلك نحيل فيما يتعلق بذلك إلى هذا المبحث ...

وقد دل على مشروعية العمل بها من السنة والأثر والإجماع.

أما من السنة: ما أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما وأبو داود والترمذي والنسائي من حديث قتبية بن سعيد عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: أن رسول الله (ص) دخل علي مسرورا تبرق منه أسارير وجهه فقال: "ألم ترى أن مجززا نظر آنفا إلى أزيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: أن هذه الأقدام بعضها من بعض" . وفي رواية للزهري عن عروة أن مجززا المدلجي دخل على فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: أن هذه الأقدام بعضها من بعض⁽²⁾.

1 - أ.ة طفياني مخطاوية مرجع سابق ص 70 وأ. باديس ذيايي مرجع سابق ص 68

2 - صحيح البخاري 57/12 باب القائف رقم 6770 - 6771 صحيح مسلم ص 768 رقم 1409 باب ألقائف القائف في الولد.

وأما الدليل من الأثر والإجماع: ما رواه مالك بن انس عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أي من ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد إمرة فدعا قائف فنظر إليه فقال القائف لقد أثير كافيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبريني بخبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتيني في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ، وفطن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهر بقت عليه دما ثم خلف هذا عليها: تعني الآخر فله أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وإلا أيهما شئت قالوا فقضى عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع وقالوا وحديث عائشة يروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة .

واختلف الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في القائف بسبب اختلافهم في اعتباره شاهدا أو حكما . فمن اعتبره حكما اشترط فيه الذكورة والحرية ولم يشترط التعدد ومن قال انه شاهد لم يشترط الذكورة والحرية واشترط التعدد واشترطوا إلى جانب ذلك شروطا أخرى تتعلق بالإسلام والبلوغ والعقل والعدالة والتجربة.

كما اختلف العلماء في حكم إثبات النسب بها على قولين :

القول الأول: أنه لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب وبه قال الحنفية وأصحابه من الحنفية والهادوية وأبو إسحاق والكوفيون.

القول الثاني: اعتماد القيافة طريقا لإثبات النسب عند الاشتباه والتنازع وبه قال جمهور العلماء ومما لاشك فيه أن ما ذهب إليه الجمهور من الحكم بالقيافة واعتبارها طريقا شرعيا في إثبات النسب هو الراجح لدلالة السنة المطهرة على ذلك وثبوت العمل بها عند عدد من الصحابة رضي الله عنهم ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع منهم على الحكم بها.⁽¹⁾

واستدل الحنفية لمذهبهم القاضي بعدم مشروعية ثبوت النسب بالقيافة بالكتاب والسنة.

فمن الكتاب قوله تعالى : " ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤول (2) . "

فدللت هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى نحى عن إتباع الحدس والظن وهو في اللغة اتباع الأثر الذي سميت القافة به وهو مأخوذ من القف كأنه يقفو الأمور والقيافة مبنية على الحدس والظن وهذا منهي عنه بلفظ الآية .⁽³⁾

1- عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية بدون سنة للنشر ولا دار النشر. ص 16

2 سورة الإسراء الآية 36.

3 للتوسع و الاطلاع على آراء الفقهاء المميزين والمنكرين للعمل بالقيافة ومناقشتها يرجى الرجوع إلى مرجع د/ إقروفة زبيدة

أما الدليل من السنة:

ما أخرجه مسلم من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال " جاء رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن امرأتي ولدت غلاما أسود وفي رواية أي أنكرته فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل لك إبل ؟ قال : نعم فما ألوانها ؟ قال : حمر قال هل فيها من أورك ؟ قال : أن فيها أورك قال: فأنا أتاها ذلك ؟ قال عسى أن يكون نزعة عرق : وهذا عسى أن يكون نزعة عرق " .

فالحديث نص في عدم اعتداد الشرع بالشبه في إثبات النسب لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمكنه من نفي الغلام ولا جعل للشبه ولا لعدمه أثر فبين عليه الصلاة والسلام أنه لا عبرة للشبه . أما مذهب الجمهور (المالكية ، والشافعية والحنابلة) والظاهرية وقتادة وأبو ثور والأوزاعي وعطاء ، وهو قول ابن عباس وأنس بن مالك وعمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وشريح القاضي وإياس بن معاوية ولا مخالفة لهم من الصحابة ولا التابعين والذين يرون أن القيافة سبيلا معتبرا في الكشف عن النسب المجهول واحتج الجمهور برأيهم بالبراهين التالية :

من السنة:

ما أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عروة عن عائشة قالت دخل علي رسول الله (صلى الله عليه و سلم) ذات يوم وهو مسرور فقال : يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي دخل فرأى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رأسيهما وبدت أقدامهما فقال أن هذه الأقدام بعضها من بعض . ووجه الدلالة من هذا الحديث أن سرور النبي (صلى الله عليه و سلم) بقول القائف وهو لا يسر إلا بحق دليل على إقرار العمل بالقيافة .

ومن المعقول: أن أصول الشرع وقواعده المتعلقة بالأنساب كلها تتوجه نحو عرض اتصال الأنساب وجلائها ولو من أدنى الطرق وطالما القيافة تؤكد وتحقق هذا المقصد الشرعي فهي طريق معتبر .

ثانيا: القرعة: وهي أضعف طرق إثبات النسب الشرعي و القرعة لغة من القرع و هو الخطر أي السبق و النذب الذي يستبق عليه ، و قرعت الباب قرعا بمعنى طرقت وتفوقت عليه و أقرعت بينهم أقرعا ، هيئتهم للقرعة على شيء و قارعت فقرعته أقرعته أي غلبته و الاسم القرعة و الاقتراع : الاختبار و أبعاد النار ، و ضرب القرعة كالتقارع و المقارعة ، و المقارعة هي المساهمة و قارعه فقرعه إذا أصابته القرعة دونه و القرع : الحرب و مواضع من الأرض ذات الكأ لا نبات فيها و القرع : ذهاب الشعر على الرأس كالصلع أو أشد منه و على هذا يمكننا

أن نقول أن القرعة تطلق في اللغة و يراد بها الاختبار و المساهمة. (1)

1- أسماء منود عبد العزيز أبو خزيمة مرجع سابق ص 275.

وأما اصطلاحاً: فهي الحيلة التي يتعين بها سهم الإنسان أي نصيبه ⁽¹⁾ و تنقسم إلى نوعين :

مشروعة: و تكون لتمييز الحقوق ومعناها تمييز نصيب موجود فهي إمارة مشروعة وهي القرعة للخصومة أو لإزالة الإبهام .

وغير مشروعة: وهي القرعة التي يؤخذ منها الفأل أو التي يطلب من خلالها معرفة الغيب. وقد دل عن مشروعية العمل بها من الكتاب قوله تعالى: " وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، وما كنت لديهم إذ يختصمون " ⁽²⁾ وقال المفسرون في هذه الآية أن أم مريم عليها السلام لما ذهبت على من لهم الأمر على بيت المقدس تخاصموا أيهم يكون كفيلاً لمريم بغية الأجر، واقتربوا عليها وذلك بأن ألقوا بأقلامهم التي يكتبون بها التوراة في النهر فأيهم لم يجر قلمه في الماء فله كفالتها وأما الدليل من السنة ما ورد في الصحيحين أن الرسول (صلى الله عليه و سلم) كان إذا أراد السفر أقرع بين نسائه فأيهن خرج سهمها خرج بها.

وأما الدليل من الإجماع قبول العلماء والفقهاء القدامى والمعاصرون إجماع المسلمين على جواز العمل بالقرعة في حالة تعارض البيّنات وثبوت النسب و القرعة بين الزوجات والعق و غير ذلك من الأمور المشروعة في الشرع. ولقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقرعة إلى قولين:

القول الأول: وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يثبت النسب بالقرعة لأنها تستعمل في الأموال ولا تستعمل في إثبات الأنساب واستدلوا لرأيهم بالحجج التالية:

- أ- اعتبروا القرعة قماراً وبما أن الله تعالى حرم القمار في كتابه في سورة المائدة وهي من آخر القرآن نزولاً.
- ب- اعتبروا القرعة كوسيلة لإثبات النسب ضرب من العلم بالغيب وهي تستعمل في الأموال ولا تستعمل في إثبات النسب وذلك لوجود طرق شرعية أخرى أقوى منها كالفراش والبينة والإقرار.

1- الموسوعة الفقهية (ط . بلا) الكويت ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (د ن) ج 33 ص 109.

2- سورة آل عمران الآية 44.

وأما القول الثاني: فقال به إسحاق بن راهوية والشافعية في القديم والمالكية في أولاد الإمام وفيها قال بعض الشافعية عند تعارض البيتين و قال بها الإمام أحمد في روايته و احتج القائلون بثبوت النسب بالقرعة لما رواه أبو داود و النسائي عن زيد بن أرقم رضي الله عنه قال كنت جالسا عند النبي صلى الله عليه و سلم فجاء رجل من اليمن فقال : أن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا عليا يختصمون إليه في ولد وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد فقال لاثنين طيبا بالولد في هذا فعليا فقال: أنتم شركاء متشاكسون إي مفرع بينكم فمن قرع فله الولد و عليه لصاحبيه ثلثا الدية ،

فأقرع بينهم فجعله لمن قرع فضحك رسول الله صلى الله عليه و سلم حتى بدت أضراسه أو نواجده⁽¹⁾ وهذا الحديث مذكور في مرجع الدكتور أوان عبد الله الفيضي السابق الإشارة إليه في الصفحة 349 في الشكل التالي: " أن الإمام علي رضي الله عنه " ألحق الولد الذي أصابته القرعة فعن زيد ابن الأرقم قال: " أتى علي رضي الله عنه بثلاثة وهو في اليمن وقعوا على امرأة واحدة في طهر واحد فسأل اثنين : أنقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا ثم سأل اثنين : أنقران لهذا بالولد قالوا: لا فأقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجده . " رواه الخمسة أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي عن زيد بن أرقم ورواه النسائي وأبو داود موقوفا عن علي بإسناد أجود من المرفوع⁽²⁾.

والراجح في هذه المسألة هو الرأي الثاني الذي قال به جمهور الفقهاء . والذي يدعوا إلى تأييد هذا الرأي ما ورد عن حديث السيدة عائشة أم المؤمنين الذي أورده أهل الحديث من حيث السند والدليل فيه إقرار الرسول الكريم القائف المدلجي لأنه عليه الصلاة والسلام لا يقر على باطل ولا على خطأ والرسول (صلى الله عليه و سلم) لم ينكر بل فرح وسر بقول المدلجي وهذا بلا شك إقرار منه (صلى الله عليه و سلم) لقول القائف . ويضاف إلى ذلك أن الشارع متشوف إلى إثبات النسب ولو بأدنى طريق ولا يحكم بانقطاعه إلا إذا تعذر إثباته لأن إثبات النسب فيه حق لله وحق للولد وحق للأب وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ الأنساب بالقيافة وحرصت على عدم ضياعها فكان الأحوط الأخذ بالقيافة .

1- بديعة علي أحمد . مرجع سابق . ص 61.

2- د/ أوان عبد الله الفيضي الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي المدني دراسة مقارنة . دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة

النشر 2017 ص 349

المطلب الثالث: الطريق الشرعي لنفي النسب.

إذا كان الشارع الحكيم قد توسع في باب إثبات النسب ، واكتفى بإثباته بأدنى دليل و أضعفه وهذا لرعاية الأنساب ، لذلك تعددت طرق الإثبات ، لكنه تشدد في المقابل في نفي النسب بعد ثبوته لذلك لم يشرع له إلا طريقا واحدا وهو اللعان واشترط لإقامته شروطا كثيرة للحد من وقوعه ، وسوف أتناول في هذا المطلب الذي قسمته إلى ثلاث فروع : تعريف اللعان ودليل مشروعيته وشروطه وأحكامه وأخيرا الأثر المترتب على حصوله.

الفرع الأول: تعريف اللعان ودليل مشروعيته.**أولا: تعريف اللعان لغة واصطلاحا.**

أ. اللعان من الناحية اللغوية يفيد البعد، فيقال عادة لعنه الله، أي أبعده عنه فهو لعين وملعون ، ولعن نفسه إذا قال ابتداء عليه لعنه الله ولاعنه ملاعنة ولعانا وتلاعنا لعن كل واحد منهم الآخر ولا عن الزوج زوجته إذا قذفها بالفجور أي اتهمها بالزنا⁽¹⁾. واللعان في اللغة مصدر لاعى يلاعى ملاعنة وهو سماعي لا قياسي ، والقياس كالملاعنة من اللعن وهو الطرد والأبعاد⁽²⁾. واللعان في اللغة أساسا مشتق من اللعن وهو الطرد والأبعاد عن الخير ومن الحلق السب والدعاء. واللعة الاسم والجمع اللعان ولعنات قال تعالى : " وقالوا قلوبنا غلف بل لعنهم الله بكفرهم فقليلا ما يؤمنون"⁽³⁾ . أي أن قلوبنا في أكنة أي لا نفقه عليها غشاوة بل لعنهم الله بكفرهم أي طردهم الله وأبعدهم من كل خير . والتلاعن كالتشائم في اللفظ واللعة في القرآن الكريم العذاب . واللعان والملاعنة يكون بين اثنين فصاعدا ، وتلاعن القوم لعن بعضهم بعضا وسمي بذلك ، لأن الزوج يلعن نفسه في الشهادة الخامسة أو لأن أحد الزوجين عرضة للطرد والأبعاد من رحمة الله بسبب كذبه واقترائه وحكم الملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته وورماها برجل أنه زنا بها ، فالإمام يلاعن بينهما ويبدأ بالرجل⁽⁴⁾.

ب/ ومن الناحية الاصطلاحية: اختلف الفقهاء في مفهوم اللعان منهم من اعتبره شهادات ومنهم من اعتبره إيمان⁽⁵⁾.

فهو عند الحنفية والحنابلة: (شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها.

وهو عند المالكية: حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أونفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض.

1- محمد الكشيور . مرجع سابق ص 155

2- أنس حسن محمد ناجي . مرجع سابق ص 295.

3- سورة البقرة الآية 88.

4- د/ أوان عبد الله الفيضي الحجة الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النسب دراسة مقارنة دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة النشر 2017 ص 159 - 160.

5- أ.ة بكاي سعاد مرجع سابق ص 20-21.

وعند الشافعية : هو كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي الولد .

ثانياً: دليل مشروعية اللعان: الأصل في مشروعية اللعان القرآن والسنة والإجماع والمعقول من الكتاب: قوله تعالى: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ".⁽¹⁾

ورد في أسباب نزول آيات اللعان ثلاثة أحاديث: حديث ابن عباس رضي الله عنهما في نزولها في شأن هلال بن أمية حين قذف امرأته بالزنا وحديث سهل بن سعد رضي الله عنه في نزولها في شأن عويمر العجلاني مع امرأته و حديث حذيفة رضي الله عنه في نزولها في شأن أبي بكر وعمر رضوان الله عنهما وفيما يلي عرض لها.

- ما أخرجه البخاري ومسلم وأحمد واللفظ له عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لما نزلت: " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً. وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ".⁽²⁾

قال سعد بن عبادة وهو سيد الأنصار: هكذا نزلت يا رسول الله ؟ فقال رسول الله: يا معشر الأنصار ألا تسمعون إلى ما يقول سيدكم ؟ قالوا: يا رسول الله لا تلمه فإنه رجل غيور والله ما تزوج امرأة قط إلا بكر وما طلق امرأة له قط فتجراً رجل منا على أن يتزوجها من شدة غيظه ، فقال سعد :والله يا رسول الله لا أعلم أنها حق من الله تعالى ولكن قد تعجبت أني لو وجدت لكاعا تفخذها رجل لم يكن لي أن أهيجه ولا أحرکه حتى آتي بأربعة شهداء فوالله لا آتي بهم حتى يقضي حاجته. قال فما لبثوا إلا يسيراً حتى جاء هلال بن أمية وهو أحد الثلاثة الذين ثبت عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً فرأى بعينه وسمع بأذنيه فلم يهيجه حتى أصبح قعدا على رسول الله فقال : يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندها رجلاً فرأيت بعيني و سمعت بأذني فكره رسول الله ما جاء به و اشتد عليه و اجتمعت الأنصار فقالوا : قد ابتليتنا بما قال سعد بن عبادة الآن بضرب رسول الله "هلال بن أمية و يطل شهادته في المسلمين فقال هلال : و الله إني لأرجو أن يجعل الله لي منها مخرجاً فقال هلال : يا رسول الله إني قد أرى ما اشتد عليك مما جئت به و الله يعلم أني لصادق والله أن رسول الله يريد أن يأمر بضربه إذا أنزل الله على رسول الله الوحي وكان إذا نزل عليه الوحي عرفوا ذلك في تريد وجهه فأمسكوا عنه حتى فرغ من الوحي فنزلت : " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم " .

1- سورة النور الآية من 06 إلى 09.

2- سورة النور الآية من 04 .

الآية فسرى عن رسول الله فقال أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربي عز وجل فقال رسول الله: أرسلوا إليها فأرسلوا إليها فجأت فقرأها رسول الله عليهما وذكرهما واعتبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال : هلال والله يارسول لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله: لاعتوا بينهما فليل لهما: أشهد فشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين فلما كان في الخامسة قيل : يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال: والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد في الخامسة أن لعنه الله عليه إن كان من الكاذبين ثم قيل لها: اشهدي أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفصح قومي فشهدت في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ففرق الرسول (ص) بينهما وقضى أنه لا يدعى ولدها لأب ولا ترمي من به ولا يرمي ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من اجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفي عنها وقال: إن جاءت به أصهيب⁽¹⁾ أرسج⁽²⁾ حمش⁽³⁾ الساقين فهو لهما لاله وإن جاءت به أورك⁽⁴⁾ جعدا جماليا⁽⁵⁾ خدلج⁽⁶⁾ الساقين سابع الآيتين فهو الذي رميت به.⁽⁷⁾

فجاءت به أورك جعدا جماليا خدلج الساقين سابع الآيتين فقال رسول الله لولا الإيمان لكان لي ولها شأن.³ ما أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما عن سهل بن سعد رضي الله عنه : (أن عويمرا أتى عاصم بن عدي وكان سيد بن عجلان فقال : كيف تقولون في رجل وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه أم كيف يصنع ؟ سل لي رسول الله عن ذلك فسأل عاصم رسول الله فكره رسول الله المسائل فسأله عويمر فقال: أن رسول الله كره المسائل وعابها قال عويمر ، والله لا انتهى حتى اسأل رسول الله عن ذلك فجاء عويمر فقال: يا رسول الله رجل وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يصنع ؟ فقال رسول الله : (قد أنزل الله القرآن فيك وفي صاحبك) فأمرهما رسول الله بالملاعنة بما يسمى الله في كتابه فلاعنها ثم قال: يا رسول الله إن حبستها فقد ظلمتها فطلقها ، فكانت سنة لمن كان بعدهما في المتلاعنين ثم قال رسول الله : انظر إن جاءت أسحم أدعج العينين عظيم الآيتين خدلج الساقين فلا أحسب عويمر إلا قد صدق عليها وإن جاءت به أحميد كأنه وحره فلا احسب عويمر إلا قد كذب عليها فجاءت به على النعت الذي نعت به رسول الله من تصديق عويمر فكان بعد ينسب إلى أمه .

1- أصهيب: اشقر أو أحمر الشعر

2- أرسج: صغير العجيزة.

3- حمش الساقين: دقيق الساقين.

4- أورك : أحمر

5- جماليا: ضخم الأعضاء.

6- خدلج: ممتلئ

7- الأحاديث الثلاثة مشار إليها في رسالة للأستاذة بكاي سعاد . السابق الإشارة إليها ص 24 - 26

3- ما أخرجه البزار عن حذيفة رضي الله عنه قال: قال رسول الله : لأبي بكر لو رأيت مع أم رومان رجلا ما كنت فاعلا به ؟ قال: كنت والله فاعلا به شرا . قال : فأنت ياعمر كنت والله قاتله كنت أقول لعن الله الأعرج فإنه خبيث قال فنزلت "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم".
 . ووجه الاستدلال من هذه الآيات الكريمات والأحاديث الدالة على أسباب نزولها ، أن هذه الآيات الكريمات فيها فرج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف أحدهم زوجته ، وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل وهو أن يحضرها إلى الإمام فيدعي عليها بما رماها به فيحلفه الحاكم أربع شهادات بالله في مقابلة أربع شهداء أنه لمن الصادقين أي فيما رماها به من الزنا فإذا قال ذلك بانت منه وحرمت عليه أبدا ويعطيها مهرها ويتوجب عليها حد الزنا ، ولا يدرأ عنها العذاب إلا إذا تلافت هذا بأربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين أي فيما رماها به والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، كما أن الغالب أن الرجل لا يتحشم فضيحة أهله ورميها بالزنا إلا وهو صادق معذور وهي تعلم صدقه فيما رماها به ولهذا كانت الخامسة في حقها أن غضب الله عليها والمغضوب عليه هو الذي يعلم الحق ثم يحيد عنه ثم ذكر تعالى رأفته بخلقه ولطفه بهم فيما شرع لهم من الفرج والمخرج من شدة ما يكون بهم من الضيق .⁽¹⁾

. من السنة:

1- عن ابن عباس رضي الله عنه ، أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي بشريك بن سمحاء فقال النبي : (البينة أوحد في ظهرك) فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل النبي يقول: (البينة والا حد في ظهرك) فقال هلال والذي بعثك بالحق أني لصديق فليزلن الله ما يرى ظهري من الحد فنزل جبريل وانزل عليه: (والذين يرمون أزواجهم) . فقرا حتى بلغ : " (إن كان من الصادقين) " فانصرف النبي فأرسل إليها فجاء هلال فشهد والنبي يقول: إن الله يعلم أن أحكما كاذب فهل منكما تائب ، ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة أوقفوها وقالوا أنها موجبة قال ابن عباس: فتلكأت حتى ظننا أنها ترجع قالت لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت.

2- عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم رسول الله فسأل عاصم رسول الله ، فكره رسول الله المسائل و عابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمرا فقال:

1- د/ أوان عبد الله الفيضي . المرجع السابق الإشارة إليه ص 165 - 166.

يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ، فقال عاصم لم تأتيني بخير ، فكره رسول الله ، المسألة التي سألته عنها قال عويمرا والله لا انتهى حتى أسأله عنها، فاقبل عويمرا حتى أتى رسول الله وسط الناس فقال: يا رسول الله رأييت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ، قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأنتى بها فقال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله فلما فرغا قال عويمرا ، كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله.

دلت هذه الأحاديث على جواز اللعان وذلك حفظا للنسب وتيسيرا على الأزواج على أن يكون بين يدي أمام حيث تختص الزوجة بلفظ الغضب لعظم ذنبها لأنها إن كانت كاذبة فذنبها أعظم لإلحاق من ليس للزوج به فتختل بذلك موازين الشرع في حين أن ذنب الزوج لا يتعدى أكثر من القذف .

. الإجماع: وقد أجمعت الأمة على أن الزوج إذا قذف زوجته بالزنا أو نفى ولده فله حق اللعان ، وذكر الإجماع على هذا ابن المنذر والإمام النووي والشوكاني وابن رشد وعامة الفقهاء ومن الحنفية ، المالكية ، الشافعية ، الحنابلة ، الزيدية ، الإمامية والظاهرية.

. أما المعقول: ما ذكره ابن رشد رحمه الله أنه قال: (لما كان الفراش موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان.) وقد أشار المشرع الجزائري إلى اللعان في المادة 41 من قانون الأسرة التي نصت " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة." والملاحظ على هذه المادة أن المشرع لم يذكر عبارة اللعان صراحة لكنه عبر عنه بعبارة ولم ينفه بالطرق المشروعة التي تدل على اللعان على عكس المشرع المغربي الذي أشار إليه صراحة من خلال مقتضيات المادة 153 من مدونة الأسرة باعتباره سبب رئيسيا لنفي النسب .

الفرع الثاني: شروط اللعان وطبيعته الشرعية:

شروط اللعان: اشترط الفقهاء بعض الشروط الخاصة بالأزواج حتى تتم عملية اللعان بشكل صحيح وترتب آثارها.

. قيام الزوجية بين المتلاعنين ولو كان النكاح فاسدا سواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها لأن النسب ثابت فيهما ما عدا الأحناف الذين منعوه في الفاسد ، لأن اللعان عندهم ثبت في الزوجات ولا زوجية في النكاح الفاسد ولو بعد البينونة .⁽¹⁾

1- د/ اقورفة زبيدة . مرجع سابق ص 83.

- أن يتم نفي الولد فور العلم به وهذا الشرط محل اتفاق جمهور الفقهاء . لذلك فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة فسكت عن نفيه بعد علمه ثم أراد أن ينفيه باللعان فلا يجوز ويحد حد القذف . وإذا كان جمهور الفقهاء اتفقوا على الفورية إلى أنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يجوز فيها للزوج أن يلاعن لنفي الولد على ثلاثة أقوال: أنها تقدر بمدة التهنة بالمولود ويحددها القاضي وإلى هذا ذهب الإمام أبي حنيفة. أنها تقدر بأكثر مدة النفاس وهي أربعون يوما و إلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية. أنها تقدر بالعرف ويعذر الزوج في تأخير النفي لعذر كأن يكون مجبوسا أو مريضا وإلى هذا ذهب الحنفية في رواية والمالكية والشافعية والحنابلة.

. كما يشترط لصحة اللعان لنفي الولد ألا يكون الزوج قد أقر به صراحة أو ضمنا ومثال الإقرار الصريح أن يقول هذا الحمل أو هذا الولد مني أو ابني ومثال الإقرار الضمني أن يقبل التهنة بالولد لأن العاقل لا يسكت عادة عند التهنة بولد ليس منه.

- ويشترط بعض الفقهاء كالحنفية والمالكية لإقامة اللعان لنفي الولد أن يكون الولد حيا عند اللعان فلو ولدت المرأة ولدا ونفي الزوج نسبه منه ثم مات الولد قبل حصول اللعان أو بعده لكن قبل الحكم بقطع نسبة عند من يشترط لنفي النسب صدور حكم القاضي لا ينفي عنه لأن النسب ينتهي بالموت ، ولكل من الزوجين الحق في طلب اللعان لإسقاط حد القذف .

وعلى هذا القول لا يجوز إقامة اللعان لنفي نسب الحمل لعدم الحكم عليه قبل الولادة . بينما ذهب بعض الفقهاء كالشافعية والحنابلة وقول منسوب للإمام مالك إلى أنه لا يشترط تحقق حياة الولد عند اللعان من أجل نفيه ، لأن نسبه لا ينقطع بالموت ، بل يقال مات ولد فلان ، وهذا قبر فلان ويلزم الزوج تجهيزه وتكفينه، وعليه فيجوز له نفي نسبه وإسقاط مؤنثته كما لو كان حيا ، كما يجوز نفي الحمل باللعان لأن ترك النفي يتضمن الإستلحاق.⁽¹⁾

. ويشترط في اللعان أن يكون الزوجان مسلمين حريين مكلفين لأن الصغير لو قذف لا يجد والمرأة يشترط أن تكون محصنة مع خلاف في زيادة أو نقصان بعض الشروط.⁽²⁾

. واشترط بعض الفقهاء أن يكون اللعان أمام القاضي لأن نفي النسب باللعان يحتاج إلى تأييد ، ومتى تمت الملاعنة أمام القاضي وحكم بنفي نسب الولد وإلحاقه بأمه صار ولد اللعان كولد الزنا.⁽³⁾

1- د/ سعد الدين مسعد هلاي ، مرجع سابق ص 347 ، 350.

2- خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 414.

3- د/ أوان عبد الله الفيضي . مرجع سابق . ص 169.

وفي الواقع العملي يتم اللعان بناء على دعوى يقيد بها الزوج ضد زوجته يلتمس من خلالها نفي نسب الولد أو الحمل الذي ارتاب فيه مؤسساً دعواه إما على زنى زوجته أو نفي الحمل عنها، وعلى المحكمة التي رفعت دعوى اللعان أمامها الالتزام بإجراءات رفع الدعوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاصة ما تعلق منها بالصفة والأهلية ثم تطبق بصدد الزوجين الأحكام المضمنة في أية الملائعة الواردة في سورة النور، وصورتها أن يأمر القاضي الزوج بملائعة زوجته بأن يقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة ويشير إليها ويكرر ذلك أربع مرات وفي الخامسة يقول: أن لعنة الله عليها إن كانت من الكاذبين فيما رما به من زنا أو نفي الولد حسب موضوع الدعوى.

وبعد انتهاء الزوج من الملائعة يأمر القاضي الزوجة بالرد عليه فتقول: أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد حسب موضوع الدعوى وتكرر ذلك أربع مرات ثم تقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به.⁽¹⁾ مع الإشارة أن المحكمة وقبل إصدارها لحكمها يجب عليها التأكد من شروط اللعان الفقهية خاصة ما استقر عليه الفقه المالكي باعتباره المذهب المتبع في الجزائر، مادام أن المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إلى اللعان دون تحديد شروطه وإجمالاً تنحصر شروط اللعان في الشروط التي سبق الإشارة إليها بالإضافة إلى مايلي:

. في حالة دعوى اللعان بسبب الزنا يشترط أن تكون الزوجة مازالت في عصمة الزوج حقيقة أو حكماً، أما في حالة نفي الحمل فيشترط فقط أن يكون هذا الحمل أو الولد لاحقاً بالملاعنة.

. امتناع الزوج مطلقاً عن معاشرة زوجته بعد استقراره على ملاعنتها.

. ويشترط في الولد المراد نفي نسبه ألا يكون غير لاحق بالزوج كما لو أتت به الزوجة لأقل من ستة أشهر بعد العقد عليها أو لأكثر من عشرة أشهر بعد الفراق بسبب الوفاة أو الطلاق حسب المادة 43 من قانون الأسرة أو تأكد للمحكمة انعدام أي اتصال بين الزوجين المتنازعين (لغياب الزوج أو سجنه أو مرضه) أو كان الزوج مما لا يولد مثله، لأن الولد في هذه الحالات لا يلحق بالزوج أصلاً ومن ثم فهو لا يحتاج إلى نفي بواسطة اللعان لأنه منتفي عنه بقوة الشرع.

1- انظر كل من: د/ محمد الكشيور المرجع السابق الإشارة إليه ص 157 ومايليها و أ.ة طفياني مختارة مرجع سابق ص 33 - 34.

. ويجب أخيراً على المحكمة التأكد من شرط المدة المحدد لرفع الدعوى المكس في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/12/25. والمحددة بأسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل.⁽¹⁾

وبإصدار المحكمة لحكمها باللعان يتم التفريق بين الزوجين ونفي نسب المولود عن أبيه وإلحاقه بأمه ويتم التأشير بذلك على هامش عقود ميلاد الأطراف .

الطبيعة الشرعية للعان: اختلف الفقهاء فيما بينهم حول الوصف الشرعي للعان ، هل هو على سبيل الوجوب ، أم هو حق للزوج فيكون على سبيل التخيير ، كما اختلفوا في القول هل هو يمين أو شهادة . بالنسبة للمسألة الأولى اختلف الفقهاء على قولين⁽²⁾:

القول الأول: اللعان واجب على الزوج و لو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه سواء كان اللعان اتهاماً بالزنا أو نفياً للولد و ذهب إلى هذا القول الحنفية ووافقهم المالكية و الشافعية في كون اللعان واجباً على الزوج في حالة نفي الولد عن نفسه فقط. و استدلل الحنفية على أن اللعان واجب لما ورد في الكتاب و السنة **ففي الكتاب قوله تعالى :** " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين " .⁽³⁾ الآية صريحة بأن يشهد الرجل أربع شهادات بالله فجعل الله عز وجل موجب قذف الزوج زوجته هو اللعان و أما آية القذف فقد قبل أن موجب القذف في الابتداء كان هو الحد في الأجنبية و الزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات و جعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان .

و أما السنة : عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه (أن ليلة الجمعة في المسجد إذ جاء رجل من الأنصار فقال : لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً إن تكلم جلدتموه أو إن قتل قتلتموه و إن سكت سكت على غيظ فقال النبي : الله افتح جعل يدعو فنزلت آية اللعان . دل قوم الرجل أن تكلم به جلدتموه ، على أن موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ الحد في الزوجات بآية اللعان ، فنسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره ، فصار موجب قذف الزوجات هو اللعان .

1. قرار المحكمة العليا رقم 296020 بتاريخ 2002/12/25. المجلة القضائية لسنة 2004 العدد الأول ص 289

2. بكاي سعاد مرجع سابق ص 28 ، 29.

3. سورة النور الآية 06.

القول الثاني: اللعان ليس بواجب على الزوج يقذف زوجته هو الحد إلا أن له أن يخلص نفسه بالبينة أو باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس إذا امتنع بل يقام عليه الحد وذلك إذا كان اللعان اتهاماً بالزنا ، وذهب إلى هذا القول المالكية والشافعية ويرى الحنابلة أن اللعان حق للزوج ولا يجب عليه حتى ولو نفى الولد فيه واستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة. ففي الكتاب **قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة"⁽¹⁾** فدل قوله على وجوب الجلد على القاذف سواء كان زوجاً أو غيره لكن إذا كان القاذف زوجاً له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة أو اللعان .

واستدل أصحاب هذا القول بالحديث الذي رواه عبد الله بن مسعود السالف الإشارة إليه. فدل قول الرجل : أنه يتكلم أو يسكت على أن اللعان حق للزوج وليس واجباً عليه لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) لم يذكر كلامه ولا سكوته. **والرأي الرابع :** أن اللعان إذا كان لنفي الولد فهو واجب لتعلقه بالنسب الذي يتعلق بمقصد كلي من مقاصد الشريعة الإسلامية . أما إذا كان اللعان اتهاماً بالزنا فالأولى تركه لأنه من الأمور التي نص الشارع بالتستر عليها لما رواه زيد بن اسلم رضي الله عنه : أن رسول الله قال: **من أصاب شيئاً من هذه القاذورات فليسترها بستر الله وله طلاقها إن أراد.**

أما بالنسبة للمسألة الثانية والمتعلقة باختلاف الفقهاء حول ألفاظ اللعان هل هي شهادات أم إيمان أم هي شهادات وإيمان بنفس المعنى على النحو الآتي. ⁽²⁾

المذهب الأول: يرى أن اللعان شهادات مؤكدة بالإيمان وهذا قول الحنفية ووافقهم الثوري والإمام يحيى والشافعي في قول مالك في رواية والحنابلة في رواية.

المذهب الثاني: يرى أن اللعان إيمان مؤكدة بلفظ الشهادة وهذا قول الشافعي على الصحيح ومالك على الرابع وأحمد وابن حزم الظاهري والعترة والحنابلة في رواية وابن حجر العسقلاني.

المذهب الثالث: يرى الجمع بين القولين لأنه حسن ، فهو يمين مقرونة بالشهادة وشهادة مقرونة باليمين وهذا قول ابن القيم ووافقه الأمير محمد الصنعاني.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على اللعان.

يمكن أن نحصر الآثار التي تترتب على اللعان في أثرتين هامتين أولهما: الفرقة بين المتلاعنين والثانية نفي نسب الولد من أبيه وإلحاقه بأمه.

1/ الفرقة بين المتلاعنين:

أجمع الفقهاء أنه إذا تلاعن الزوجان وقعت الفرقة بينهما بشكل مؤكد ولا حديث عن رفع التحريم بينهما بأي حال من الأحوال فعن ابن عباس أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: **"المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً"**

1- سورة النور الآية 04

2- لمزيد من التفاصيل حول الاختلاف الفقهي حول مسألة اللعان هل هو شهادة أو إيمان أم هو شهادات وإيمان يرجى الرجوع إلى مرجع خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 405 . 416 . ومرجع الأستاذ باديس ذيابي مرجع سابق ص 43-44

واختلف جمهور الفقهاء حول طبيعة هذه الفرقة هل هي فسخ أم طلاق . والراجح عند جمهور الفقهاء أن الفرقة الواقعة باللعان تعتبر فسخا ، واستدلوا على ذلك بتأييد التحريم وحرمان المرأة من مستحقاتها المالية كنفقة العدة والمسكن وهما الحقان المستوجبان عند الطلاق، واستشهدوا بحديث رسول الله (صلى الله عليه و سلم) عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة الملاعنة إذ قال: "قضى ألا قوت لها ولا سكن ، من أجل أنهما يتصرفان من غير طلاق ولا متوفي عنها". رواه احمد و أبو داود.

في حين يرى الحنفية أن نوع الفرقة طلاق لأن سببها من جانب الرجل إذ لا يمكن تصورهما من جانب المرأة وبناء على ذلك قال الحنفية إذا كذب الزوج نفسه بطل حكم اللعان وألحق الولد به وردت له زوجته بعد خضوعه للجلد (الحد) أما جمهور الفقهاء فذهبوا إلى أن تكذيب الزوج لنفسه لا يغير من الأمر شيئا وإن الفرقة تظل أبدية. (1)

2/ ويترتب عن اللعان أيضا نفي نسب الولد عن الملاحن ، وإلحاقه بأمه فترثه ويرثها ويسجل في الحالة المدنية باسمها بموجب الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بينهما تأسيسا على قضاء رسول الله (صلى الله عليه و سلم) " ولد المتلاعنين يلحق بأمه يرثها وترثه " (2)

ويمكن أن نضيف إلى الأثرين المشار إليهما أثرا آخر يتمثل في سقوط حق القذف عن الزوج إذا كانت زوجته محصنة وسقوط التعزيز عنه إن لم تكن محصنة وسقوط حد الزنا عن المرأة بنص القرآن على ذلك. (3)

المبحث الثالث: البصمة الوراثية وطرق إثبات النسب ونفيه

بعد هذه الجولة التي خضتها في استعراض طرق إثبات النسب ونفيه والتي تعرضت لها في المبحث السابق سأحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى موقف البصمة الوراثية من هذه الطرق وذلك تمهيدا لتحديد منزلتها بينها ، لذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب . أتناول في المطلب الأول منها موقف البصمة الوراثية من طرق إثبات النسب أما المطلب الثاني فسأخصصه ، لتحديد منزلة البصمة الوراثية من طرق إثبات النسب وفي المطلب الثالث سأتناول من خلاله موقف البصمة الوراثية من طرق نفي النسب (اللعان) .

المطلب الأول: البصمة الوراثية وطرق إثبات النسب :

إن طرق إثبات النسب تتمثل في الفرائش والبينة (الشهادة) والإقرار والقيافة و القرعة . ومن خلال هذا المطلب سنحاول إظهار موقف البصمة الوراثية من هذه الطرق . ولذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

1- ا. باديس ذيايي . المرجع السابق ص 45 . 46.

2- ا. طفياني مخطارية المرجع السابق ص 34.

3- المحامي حسام الأحمد -مرجع سابق ص 51.

الفرع الأول : موقف البصمة الوراثية من الفراش.

الشريعة الإسلامية تتشوف إلى إثبات نسب الولد لأبيه ، لذلك توسعت في طرق إثباته وتسامحت فيها لذلك قبلت بشهادة التسامع في إثباته . ولم تتطلب دليلاً عليه عند الإقرار به مادام واقع الحال لا يناهيه وذلك لما فيه من إحياء للنفس ، لأن مجهول النسب في حكم الميت في عرف المجتمع الإسلامي ، لكنها بالمقابل حرصت حرصاً شديداً على نظافة النسب ونقائه وصدقه ، وحذرت من التلاعب به ، وقد خصصت للمتلاعبين به أشد العذاب (1).

لذلك اعتبرت الفراش (الزوجية الصحيحة) طريقاً من طرق إثبات النسب الشرعي للحمل وأقواها بالضوابط والشروط التي ساقها الفقهاء ، لأن الزوجية الصحيحة اعتبرت إمارة على قيام المخالطة الجنسية بين الزوجين ولو لم تقع حقيقة . لكن هذا لا يعني أن كل مولود يولد على فراش الزوجية ينتسب لصاحب الفراش وجوباً لأن هناك بعض الحالات التي يتحقق فيها فراش الزوجية بشروطه وضوابطه ، لكن رغم ذلك لا يرتب أثره (انتساب الحمل إلى صاحب الفراش) وذلك حينما يتعارض مع الحقيقة العقلية المنطقية الجلية مع ظاهرة الحقيقة الشرعية كأن يطرأ مانع عقلي أو حسي يصادم الحقيقة الشرعية . فلا يحتاج الزوج حينئذ لدفع هذا الحمل الغريب عن صلبه إلى الملاعنة لأن الحقيقة الظاهرة تعد برهاناً كافياً بذاتها على إسقاط النسب والتبرؤ من الحمل.

ومن ذلك الحالات التي ساقها الفقهاء في مدوناتهم وجعلوها استثناءً من القاعدة العامة (الولد للفراش) والتي أجازوا فيها استعمال البصمة الوراثية لإثبات النسب أثناء قيام العلاقة الزوجية (الفراش) وهذه الحالات هي (2):

الحالة الأولى: المولود الذي يوضع لأقل من ستة (06) أشهر من الدخول بالزوجة ففي هذه الحالة إذا شك الزوج في حمل زوجته منذ يوم دخل بها هل هو أقل من (06) ستة أشهر أو أكثر ، فإن البصمة الوراثية تستطيع إمالة اللثام عن هذه المسألة ، وذلك بأن تؤخذ عينة من دم الجنين و في حالة مطابقتها مع الصفات الوراثية للأم والأب دل ذلك على أن الولد من أبيه ، أما إذا لم تتطابق العينة المأخوذة من الولد مع تلك المأخوذة من الأبوين دل ذلك أن الابن ليس من هذا الزوج ، وهذه المدة ليست مدة شرعية لأنه كما ذكر أهل المعرفة أن البصمة الوراثية تعتبر وسيلة لإثبات ونفي بنسبة مائة بالمائة وأن نتائجها يقينية لا تختمل الشك والتردد . وقد اعتبرت هذه الحالة هي الحالة الأولى التي يبرز فيها دور البصمة الوراثية لمعرفة نسب الولد حين لا دليل ولا شهادة ولا استلحاق إلا البصمة الوراثية.

1- د/ حسني محمود عبد الدائم . مرجع سابق ص 773.

2- د.ة/ اقورفة زبيدة مرجع سابق ص 312.

الحالة الثانية: وهي حالة الولد الناتج عن الوطء بشبهة أو من نكاح فاسد أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها فهل ينسب ولدها إلى زوجها الثاني أم إلى السابق . ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى القيافة ولكن إذا عجزت القيافة عن تحديد الشبه بين الولد وأبيه ، فعندئذ يتعين اللجوء إلى البصمة الوراثية باعتبارها دليلاً علمياً يفوق بكثير القيافة وهذه هي الحالة الثانية التي أجاز فيها الفقهاء المعاصرون استعمال البصمة الوراثية لإثبات النسب أثناء قيام الزوجية الصحيحة.⁽¹⁾

الحالة الثالثة: وتتحقق هذه الحالة في حالة تساوي البيّنات أو تعارض الأدلة . ففي هذه الحالة تؤدي البصمة الوراثية دورها في حسم النزاع الدائر بين المدعى بالولد وبين المدعى الآخر أو بين الزوج والزوجة كما إذا وضعت الزوجة الولد على فراش الزوجية وكان الزوج قد جامعها ثم سافر وحضر بعد زمن طويل فوجدها قد وضعت ولدها فقال هذا ليس مني ففي هذه الحالة تتعارض فيها البيّنات أو كمن شهد له قائفان وشهد للآخر قائفان في هذه الحالة يقدم الأقوى دليلاً على الأضعف دليلاً، فيقدم الفراش على البصمة الوراثية والقيافة بالنسبة للزوج المسافر لأن الفراش قائم وليس له نفيه إلا اللعان.

أما إذا تساوت القيافة مع البصمة الوراثية فتقدم البصمة الوراثية على القيافة لصدق نتائجها لكن لو كان العكس بأن تساوي خبران في البصمة الوراثية واختلف فيما بينهما ، في هذه الحالة قال العلماء يقدم الخبر الأول على الثاني لأن نسب الطفل يثبت بالأول فلا يلتفت للثاني . وبصفة عامة يمكن حصر الحالات التي يمكن من خلالها اللجوء على البصمة الوراثية رغم قيام الزوجية في:

- 1- زواج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها حيث تكون الحيرة والتردد إن كانت المرأة حاملاً من زوجها السابق أم اللاحق.
- 2- نسب الولد من المطلقة طلاقاً رجعيّاً أو بائناً أو متوفى عنها زوجها هل ينسب للزوج أو لا؟ وهذا الاختلاف هل أتت به في أقصى أو أدنى مدة الحمل .
- 3- نسب الوطء بشبهة.
- 4- نسب الولد من النكاح الفاسد.
- 5- إذا ادعت المرأة الولد على فراش زوجها رفضه هو بحالة الزوج المسافر الذي يجامع زوجته ثم يسافر ولا يحضر إلا بعد مدة طويلة فيجدها قد ولدت فيقول هذا ليس ابني أو ليس من صلبني.⁽²⁾

1- د / خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 218 – 219.

2- د / خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 220.

6- اختلاف الزوج مع زوجته وادعائه أن الحمل قد حدث قبل التزوج بها وبالتالي ليس منه فحينئذ يعرض الأمر على البصمة الوراثية وكذلك بالنسبة لزوجته المطلقة التي ولدت ولدا فادعى الزوج أن الحمل قد جاء بغير المدة المعتبرة شرعا ونفت الزوجة ذلك . ويلحق بهذه الحالات حالة خضوع الزوجة لعملية تلقيح اصطناعي ووقع خطأ في الخلايا الجنسية ، فتلقح المرأة بخلايا رجل أجنبي أو تخصب خلايا زوجها ببويضة امرأة أجنبية وتغرس في رحم الزوجة.⁽¹⁾

ولا شك أن تحديد نسب المولود باستعمال البصمة الوراثية في مثل هذه الحالات تجعل النسب من الأبوة وعدمها أمرا يكاد يكون متيقنا لا جدال فيه دون حاجة إلى نفي النسب بواسطة اللعان.⁽²⁾

. ولقد أثارت مسألة اللجوء إلى استعمال البصمة الوراثية أثناء قيام العلاقة الزوجية جدلا فقهيًا حادا . فقد ذهب الدكتور خليفة علي الكعبي إلى القول: أن كل نسب قائم بالفراش ويقبل اللعان لا أثر للبصمة الوراثية فيه وهذا القول ينطبق على جميع الزوجات والمطلقات والأزواج فمنهم العقيم ومنهم العنين ومنهم المحبوب والمسافر والمسجون وحتى أطفال الأنابيب .

وخلص بعد تحليل كل الحالات: أنه متى كان الفراش قائما ثابتا ويقبل اللعان ، فإن البصمة الوراثية حكمها حكم القافة لا تهدر من قيمة الفراش.⁽³⁾

أما الدكتور سعد الدين مسعد هلاي فبعد أن أوضح أن الفقهاء يقصدون بالفراش الفراش الحقيقي الذي يكون منه الولد ، لكن الذي دفعهم إلى إثبات الفراش الحقيقي عن طريق مظنته بقيام حالة الزوجية هو طبيعة تلك العلاقة الخاصة بين الزوجين القائمة على السرية والحياء . ولكن يقول: بعد أن جاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية ، دون ما كشف للعودة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين ، ودون ما تشكك في ذمم الشهود أو المقرين أو القافة ، لأن الأمر يرجع إلى كشف إلى مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان، والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها مع الأب الطبيعي، فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟

1- أنس حسن محمد ناجي . مرجع سابق ص 193.

2- د/ أفورقة زبيدة مرجع سابق ص 313.

3- د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 230 - 231.

إن وسائل إثبات النسب يقول ليست أمورا تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية، ولن نحملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل ، فإذا لم تتيسر الإمكانيات لتعميم البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية.⁽¹⁾ المعروفة مستندا لتدعيم رأيه على قوله تعالى: " سنريهم آياتنا في الأفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق أو لم يكف بربك أنه على كل شيء شهيد إلا أنهم في مربة من لقاء ربهم إلا أنه لكل شيء محيط "⁽²⁾

. أما الدكتور محمد أبو زيد وفي بحثه السابق الإشارة إليه وفي تعليقه على نظام عدم سماع دعوى إثبات النسب المقررة في القانون المصري، انطلاقا من الأصل الشرعي في إثبات النسب (الولد للفراش وللعاهر الحجر). وتحليل مهني مقتدر لشرطي عدم التلاقي ، ومدتي الحمل المقرتين شرعا وقانونا توصل إلى أن نظام عدم سماع الدعوى وفقا لتنظيمه القانوني يؤدي إلى منع الزوجة من التقاضي وسماع أدلتها في إثبات الحق دون أن يؤدي إلى نفي النسب أو ثبوته .

وهذا يوضح أن نظام عدم سماع الدعوى عند إنكار النسب يقوم على قرينة قاطعة مفادها أن الزوج ليس هو الأب استنادا إلى عدم التلاقي أو إلى غيبته عنها مدة سنة . والحكمة من هذا النظام تكمن في رد تحايل بعض النسوة اللاتي ساءت أخلاقهن وفسدت ذمهن وهكذا يقول الدكتور محمد أبو زيد أن هذا النظام وفر حماية للزوج عن طريق منحه دفعا يحول به دون سماع الدعوى . واستمرارا في تحليله يتسأل وهو محق في ذلك " ألا يمكن أن يرد التزوير والاحتيال من جانب الرجال فيجحدون أبناءهم وهم يعلمون تماما أنهم أبائهم الحقيقيون." وهذا التساؤل نابع من الواقع العملي الذي كثيرا ما يتمكن الزوج زورا وبهتانا من إثبات انتفاء التلاقي بينه وبين زوجته ، وتفشل الزوجة في إثبات حقيقة هذا الاحتيال .

وهكذا يؤدي هذا الوضع في الواقع العملي إلى انتفاء ثبوت نسب المولود الذي أتت به الزوجة التي عاشرها زوجها ثم غاب عنها لأكثر من سنة وتمكن من إثبات غيبته وفشلت هي في إثبات معاشرته لها فيضيع الولد " خرقا لقاعدة إحياء الولد " وتلصق التهمة بالزوجة . ولتخليص هذا النظام من سلبياته وتطويره بإيجاد الوسيلة التي تسمح للزوجة بتقديم البرهان على أن الولد ينسب للزوج المدعى عليه وذلك من خلال تحول المشرع من إتباع أسلوب القرينة القاطعة إلى أسلوب القرينة البسيطة .

1- د/ سعد الدين مسعد هلاي . مرجع سابق ص 315.

2- سورة فصلت الآياتان 53 - 54.

وهكذا يمكن للزوجة التي أنكر نسب مولودها بسبب عدم التلاقي أو الغيبة لأكثر من سنة أو لوضعها لمولودها قبل حلول المدة الدنيا أو بعد انقضاء المدة القصوى . طلب إجراء اختبارات البصمة الوراثية فإن جاءت نتائجها مؤكدة لمزاعمها فيؤدي ذلك إلى سقوط الظاهر ، ومن ثم وجوب ثبوت نسب الولد من أبيه الأمر الذي يقوي ويدعم " قاعدة الولد للفراش " وهذا التحول من نظام القرينة القاطعة إلى نظام القرينة البسيطة يقتضي افتراض عدم التلاقي ومدتي الحمل كقرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بالدليل القاطع دون الخوف من انهيار نظام عدم سماع الدعوى المقرر ضد النسوة اللائي فسدت أخلاقهن وذممن ، ذلك أن عدم التلاقي أو مدتي الحمل يكون مرجحا على غيره من أدلة غير قاطعة على نسب الولد للزوج المدعى عليه وهو ما يعني عدم دفع قرينة مجيء الولد من غيره إلا إذا كان بيد الزوجة دليلا قاطعا كالبصمة الوراثية فإن استطاعت الزوجة إثبات عكس ما يدعيه الزوج فهنا لا خوف على الزوج أن يلزمه النسب إذا أفادت نتائج البصمة الوراثية ذلك .

ويقول أن التسليم بإجراء فحص الدم قياسا عليه تحاليل البصمة الوراثية في هذا الصدد سيؤدي إلى منع التحاليل سواء من جهة الزوجة أو الزوج⁽¹⁾ ، وبناء على ذلك أقول أن جاز لي ذلك ، أن تحديد مكانة للبصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الشرعية المتعارف عليها ، لا يمكن أن يكون موضوعيا إلا إذا تحول المشرع من نظام القرائن القاطعة إلى نظام القرائن البسيطة ، خاصة وأن الأمر مؤكد أن طرق إثبات النسب كلها ظنية والإثبات لا يستقيم مع الظن.

الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من الشهادة.

. والشهادة كما سبق بيانه طريق شرعي لإثبات النسب، وهي تتمتع بقوة شرعية وقانونية وحجيتها متعدية ثابتة على الجميع ، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية. بأن القضاء في النسب هو قضاء على الكافة ولا يقتصر فقط على أطرافه⁽²⁾. وكما سبق بيانه فإن للشهادة معنيين، معنى عام وبهذا المعنى يقصد بها كل ما يبين الحق ويظهره. ومعنى خاص وينحصر في شهادة الشهود.⁽³⁾

و منزلة الشهادة بين طرق إثبات النسب تأتي بعد الإقرار ، وتقدم الشهادة على البصمة الوراثية عند التعارض للأسباب التالية:

أولا: ثبوت الشهادة في القرآن والسنة والإجماع بحجتها والعمل عليها منذ عهد النبي (صلى) كما في قوله تعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " ⁽⁴⁾ وقوله تعالى " وأقيموا الشهادة لله " ⁽⁵⁾ وقوله تعالى " ولا تكتموا الشهادة " ⁽⁶⁾

1 - د/ محمد محمد أبو زيد البحث المشار إليه سابقا ص 234 - 265

2- د/ محمد محمد أبو زيد البحث السابق الإشارة إليه ص 234 - 265.

3- د/ محمد المختار السلامي .. البحث السابق الإشارة إليه ص 445 - 457.

4 - سورة البقرة الآية 282.

5- سورة الطلاق الآية 02.

6- سورة البقرة الآية 283

ثانياً: لا ينبغي تعطيل النصوص الشرعية النقلية الصحيحة الثابتة من الكتاب والسنة بمجرد دليل علمي حديث قد يشوبه الخطأ والتلاعب.

ثالثاً: كما قد يعتري الشهادة الزور والكذب والنسيان وعدم التثبت فكذلك تقارير البصمة الوراثية قد تكون مهزوزة ومزورة إذا جاءت لمصالح شخصية ومطامع انتقامية وكان الهدف منها التضليل وما يدري القاضي بصحتها لأنها شهادة من غير قسم أو يمين بخلاف الشهادة الشرعية فإنها تقام بعد القسم على كتاب الله.

رابعاً: أن القول بتقديم كل دليل علمي على أدلة الشرع ، سيؤدي ذلك في النهاية إلى تعطيل العمل بكتاب الله وإهدار سنة نبيه الكريم صلى الله عليه و سلم.

خامساً: يبقى في الأخير القاضي هو سيد الموقف لما له من سلطة في تقدير و تقييم الأدلة المقدمة له. فقد يستشف من البصمة الوراثية قرينة يطمئن إليها قلبه و تدعم الشهادة و قد يكون العكس في ذلك ، لكن البصمة الوراثية لا تقام بما حجة عند تعارض أدلة الشرع إذا كانت لوحدها. و مع ذلك فقد وضع العلماء المعاصرين بعض الحالات التي تدخل فيها البصمة الوراثية مع الشهادة و هذه الحالات هي :

الحالة الأولى: و هي حالة التنازع على نسب اللقيط أو الولد ، و كان لكل واحد منهما بينة تعارض بينة الآخر فالذي عليه علماء العصر هو أن البصمة الوراثية لا تستعمل في حالات ثبوت النسب بالبينة من الإقرار و شهادة بحيث إذا ثبت بأي طريقة شرعية مقبولة فلا ينبغي التشكيك فيها و بعبارة أخرى فإنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في إثبات الأبوة الثابتة شرعاً أو إبطالها، و اتفقوا في استعمال البصمة الوراثية في حالة تعارض البينين و المستحلفين للولد الذين لا بينة لهما أو لهما بينة لكنهما متفقان في البينة ن فإن الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية بل إن الدكتور علي القرة داغي يقول : أنه ينبغي اللجوء للبصمة الوراثية لقطع النزاع الدائر بين صاحبي البينين.

و ذلك لأن البصمة الوراثية علم حديث لا يتعارض إعمالها مع نصوص الشرع إذا اتخذت الاحتياطات الشديدة في إجراء اختباراتها.

الحالة الثانية : في حالة تعارض البينتين في هذه الحالة يجب اللجوء إلى البصمة الوراثية لوضع حد للنزاع الدائر بين صاحبي البينتين .

الحالة الثالثة: إذا ادعى شخص عنده بينة (أي شهود) نسب طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بينة. وبعد عرضه لهذه الحالات التي قال بها الفقهاء المعاصرين توصل الدكتور خليفة علي الكعبي في النهاية أن البصمة الوراثية لا تقدم على الشهادة لأنها لا تنطبق عليها المقولة المشهورة التي تقول : أن البينة هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. وذلك في قضايا الحدود والقصاص ونسب الفراش المعلوم نظراً لوجود ما هو أقوى منها كالفراش والإقرار وأما نسب مجهول الهوية فيمكن الاستفادة منها وتدخل فيه تلك المقولة السابقة لأنه لا سبيل لمعرفة نسب مجهول الهوية إلا بالبصمة الوراثية .⁽¹⁾

أما الدكتورة أفورفة زبيدة وبناء على قول فضيلة الدكتور المشرف محمد رأفت عثمان: إذا تعارضت شهادة الشهود مع ما اسفرت عنه الاختبارات الوراثية ، كما لو كان هناك تنازع بين اثنين على طفل كل منهما يدعى أنه ابنه، وشهد شاهدان أو أكثر بأن هذا الطفل ابن لأحد المتنازعين ، لكن اختبارات البصمة الوراثية أثبتت أنه ليس ابنه وإنما هو ابن لآخر، أو ليس ابن لأي منهما وهذه الحالة هي من الحالات التي أوردها الفقهاء المعاصرين ، وتسألت الدكتورة هل يتم في هذه الحالة الأخذ بنتائج البصمة الوراثية ، واستبعاد شهادة الشهود أو استبعاد نتائج البصمة الوراثية والتعويل على شهادة الشهود؟

وكانت إجابتها على هذا التساؤل بأنه إذا ما تعارضت نتائج البصمة الوراثية مع البيئة فإنه يصح بناء الحكم على نتائجها التي لا تقبل الكذب ولا الرجوع فيها وذلك لأن الصفات الوراثية للشخص تبقى ثابتة طوال حياته من تاريخ ولادته إلى وفاته بدلا من بنيه على أقوال الشهود الذين يشهدون بما يعلمون وقد يكون علمهم بالشيء غير صحيح فهي بذلك أقوى من الشهود العدول لأنها تؤدي نفس الغرض وإثبات صدق المدعى أو كذبه بصورة أوثق من الشهود ، وقياسا على عدم الأخذ بشهادة شاهد أو أكثر برؤية هلال رمضان أو غيره من أهلة الأشهر القمرية ، إذا جزم علماء الفلك أنه لا يمكن رؤية الهلال في تلك الليلة التي زعم الشهود فيها الرؤية ، وتخربا أيضا على قول الأحناف والشافعي وأحمد بن حنبل أنه إذا شهد أربعة بزنا امرأة وشهدوا آخرون ببكاؤها فإنه يسقط الحد على المرأة وعلى الرجل الذي اتهمت به رغم اختلافهم على نصاب الشهادة⁽¹⁾.

كما أن احتمال التزوير والخطأ ضئيل جدا يكاد يكون منعدم الوقوع نظرا للظروف العملية التي تجري فيها عمليات استخلاص العينات وتحليلها ومقارنتها ونظرا أيضا للضوابط التي يفرضها القانون بحجيتها على من يمارس هذه المهنة وعلى المخابر التي تتم فيها الخبرة كما أن دور الخبير يقتصر على سحب العينات وإخضاعها لسلسلة من العمليات الكيميائية والتي لا يكون للبشر فيها إلا دور المراقبة وحتى قراءة النتائج التي كانت تتم على يد الخبير أصبحت الآن تقرأ تلقائيا بواسطة نظام آلي معد خصيصا لذلك وللقاضي إذا شك في النتائج الأمر بإجراء خبرة أخرى مضادة على يد خبير آخر.

1 - د/ أفورفة زبيدة مرجع سابق ص 313.

كما توصلت انه يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية في الحالة التي لا يتوفر فيها إلا شاهداً واحداً سواء كان رجلاً أو امرأة لإثبات صحة انتساب طفل إلى رجل معين أو امرأة معينة أو نفيه عنهما خروجاً من الخلاف الفقهي بين من يشترط شاهداً واحداً ومن يشترط شاهدين أو أكثر⁽¹⁾ كبنية لإثبات النسب. خاصة وإن ما تكشفه نتائج اختبارات البصمة الوراثية هو يقيني و هو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق⁽²⁾. وليس الصدق المطلق .

الفرع الثالث : موقف البصمة الوراثية من الإقرار.

من المعروف شرعاً كما ذكر ابن القيم الجوزية ، أن الإقرار أو الاستلحاق هو أحد الطرق الشرعية لإثبات النسب بل هو الإجماع⁽³⁾.

و من المعلوم أيضاً أن الإقرار بالنسب يتخذ صورتان ، إقرار على نفس المقر ، و إقرار بنسب محمول على الغير، و يشترط في النوع الأول من الإقرار أن يكون المقر به مجهول النسب و أن يصدقه الحس و العقل و أن يصدقه المقر له ، و أن لا يكون فيه حمل النسب على الغير كما يشترط أن لا يكون المقر به ابن زنا لأن الزنا لا تثبت نسباً و أضاف الأحناف شرطاً آخر و هو أن الإقرار بالبنوة يشترط فيه حياة الولد المقر به لأنه لا حاجة لإثبات النسب بعد الوفاة⁽⁴⁾.

و أما بالنسبة للنوع الثاني من الإقرار بشقيه الإخوة والعمومة فيؤخذ فيه بالشروط المذكورة في الإقرار بالأبوة والأمومة مع زيادة تصديق شرط المقر عليه بالنسب وهو الأب في الإقرار بالأخوة أو الجد في الإقرار بالعمومة إذا كان هذان الأصلان على قيد الحياة ، أما إذا كانا متوفيين فإن إقرار الشخص بالأخ أو العم لا يسري إلا على نفسه⁽⁵⁾.

ولمعرفة هل تقدم البصمة الوراثية على الإقرار أورد الدكتور خليفة على الكعبي ثلاث حالات يتم فيها إثبات النسب بالإقرار لا مجال فيها للبصمة الوراثية هذه الحالات هي:

الحالة الأولى: إذا أقر رجل بنسب مجهول النسب وتوفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الاستلحاق مع الإمكان ففي هذه الحالة لا يجوز العرض على القافة لعدم التنازع وكذلك البصمة الوراثية لأن كلا الطرفين قد عبر عن إرادته وصادق عليها بالإقرار وإنما يتم الاحتكام للقافة في حالات التنازع وعدم الاتفاق وعدم التوافق بين الأطراف .

1- د/خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 312 إلى 315.

2- د/ أقورفة زبيدة مرجع سابق ص 314 إلى 316.

3- د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 337 .

4- د . أحمد المرضي سعيد عمر . مرجع سابق ص 101.. 102.

5- دة. أقورفة زبيدة . مرجع سابق . ص 317

الحالة الثانية: إقرار بعض الإخوة بإخوة النسب لا يكون حجة على باقي الإخوة ولا يثبت به النسب لاقتصار آثاره على المقر في خصوص نصيبه من الميراث ، لا يعتد بالبصمة الوراثية لأنه لا مجال للقافة فيها ، لأنه من الشروط المعتبرة للإقرار بالنسبة للإقرار على الغير هو اتفاق جميع الورثة على الإقرار بالنسب ، ومادام أن الشرط لم يتحقق لزم بطلان الإقرار وإلغاء كل دور للبصمة الوراثية لعدم ثبوت التنازع.

الحالة الثالثة: إذا تم إلحاق مجهول النسب بأحد المدعين بناء على قول القافة ثم أقام الآخر بينة على أنه ولده فإنه يحكم له به ويسقط قول القافة لأنه يدل على البينة فيسقط بوجودها لأنها الأصل كالتميم مع الماء ، فكذلك البصمة الوراثية .

لينتهي إلى القول: ففي جميع هذه الحالات الثلاث لا مجال لاجتهاد البصمة الوراثية وذلك لقوة وحجية الأدلة الشرعية. غير أنه ذكر أن الدكتور وهبة الزحيلي ساق حالة من الحالات التي يكون فيها دور البصمة الوراثية مع الإقرار وهي:

- أن لا يكذب المستلحق (المقر) المقر له بالنسب وليس عند المستلحق دليل يثبت به النسب ، ولكنه يقطع يقينا ويجزم أن هذا ابنه ، ففي هذا الأمر يمكن الاحتكام إلى البصمة الوراثية لأن النسب حق للولد فينبغي على الأب أن يثبته بأي دليل ونظرا لانعدام الدليل فإن البصمة الوراثية تحل محل الدليل ويشترط في هذه الحالة رضا المقر له بالنسب بإجراء البصمة الوراثية لأن الإقرار حجة على المقر فلا يعتداه إلى غيره.⁽¹⁾

- أما الدكتور أفورقة زوييدة فبعد أن أوردت شروط الإقرار بالنسب بنوعيه لدى فقهاء المالكية وبعض الشافعية وفي بعض الأحكام الهندية أشارت إلى مسألة الرجوع عن الإقرار وارتأت أنه وفي كل نماذج الإقرار والعدول عنه وما تضبطه من شروط وقيود وحتى يعتد به تصلح البصمة الوراثية أن تلعب دورا أساسيا في حسم الخلاف الفقهي ، فالقائلون باشتراط البينة أو القرينة لصحة الإقرار بالبينة سواء كان صادر من جهة الرجل أو من جهة المرأة فإن البصمة الوراثية تقوم مقامها أي مقام البينة أو الإقرار وحتى بالنسبة للأحناف والحنابلة الذين اكتفوا بتصديق ظاهر الحال بالإقرار فماذا لو أمكن إثبات باطن الحال.

1- د / خليفة علي الكعبي . مرجع سابق . ص 337 إلى 340.

وذهبت إلى تبني نفس الرأي بالنسبة للنوع الثاني من الإقرار (تحميل النسب على الغير) في الأخوة والعمومة وأبنائهم ومدى سريان الاعتراف بالنسب على الأقارب أو قصوره على المقر إذ خضوع الشخص المقر والمقر له أو حتى الأقارب المنكرين الذين يسهم الإقرار بمركزهم المالي سواء كانوا أصولاً أو فروعاً للفحص الجيني يتم استخراج الخصائص الوراثية لنسب كل أفراد العائلة ، والتعرف على علامات القرابة التي تجمع بينهم وتؤكد انحدرهم من نسل مشترك أو متغاير تماماً ، فإذا كانت نتائج التحاليل متطابقة الخصائص بين المقر والمقر له دل ذلك أن الإقرار صحيح وتقوم هذه النتائج البيولوجية مقام الحجة التي تفتقر إليها هذا النوع من الإقرار ، وإن تعارضت النتائج مع الإقرار أياً كان نوعه فإن نتيجة البصمة الوراثية هي التي تقدم ، لأن الإقرار دليل ظني بثبوت النسب والخطأ والكذب وهوى النفس كدليل الشهادة. بخلاف البصمة الوراثية التي تنتفي عنها كل هذه الشبهة إذا أجريت بشروطها الشرعية والمهنية. (1)

أما الدكتور سعد الدين مسعد هالالي وفي معرض حديثه عن موقف البصمة الوراثية من تنسيب مجهول النسب فبعد أن أكد أن مجهول النسب باليقين ليس معدوم النسب ذكر أن الفقهاء لا يريدون تنسيبه إلا بحق عن طريق الاستيثاق من صلة الوالدية ولكنهم أي الفقهاء في نفس الوقت يريدون تنسيبه وإلحاقه بأهله للقيام بتربيته والإنفاق عليه ، لذلك تساهل جمهور الفقهاء في تنسيب مجهول النسب لكل من يدعيه دون اشتراط إثبات الفراش ويكتفي باشتراط الإمكان العقلي ، لينتهي إلى القول أنه جاءت البصمة الوراثية التي تحدد الصفات الوراثية للإنسان وبها يمكن معرفة صدق المدعين من كذبهم ، كما أنه يمكن البحث عن أهل مجهول النسب بإجراء البصمة على المشتبه فيهم.

وبهذا تنحصر فائدة البصمة الوراثية على هذا الصنف من مجهولي النسب في كشف صدق الإدعاء والاستلحاق وفي البحث عن أهله من المشتبه فيهم دون ما حاجة إلى الاحتكام إلى الطريقة البدائية (القيافة) التي لم يكن الناس يعرفون سواها بعد أن من الله علينا بنور العلم (2).

وأخيراً أقول أن الفقهاء المعاصرون يجمعون على تقديم الإقرار على البصمة الوراثية إذا توافرت جميع الشروط المعتمدة له سواء بالنسبة للمقر أو المقر له أو المقر به ولا تظهر الحاجة إلى البصمة الوراثية إلا عند التنازع. (3)

1- د. أقورفة زوييدة . مرجع سابق . ص 318 إلى 319.

2- د. سعد الدين مسعد هالالي . مرجع سابق ص 402 . 403.

3- أنس حسن محمد ناجي مرجع سابق ص 207.

الفرع الرابع: موقف البصمة الوراثية من القیافة والقرعة:

قال الدكتور حسني محمود عبد الدائم في مؤلفه البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات في معرض حديثه عن القیافة، إن هذا الدليل لم يعد له وجود الآن وقال القرعة غير معمول بها في الوقت الحاضر وذلك بسبب التقدم العلمي في مجال تحليل الدم والبصمة الوراثية.⁽¹⁾

وقالت الدكتورة أقورفة زوبيدة وإن كان لهما (القرعة والقافة) بعض الأثر العملي وجانب من الصواب في ظروف معينة باعتبارها من أدوات ذلك العصر فإنه وبسبب التقدم البيولوجي سيدفعنا لا محالة إلى تجاوزهما لما هو أقوى وواضح وأؤكد منهما.⁽²⁾

ويقول الدكتور خليفة علي الكعبي بأن كل موضع فيه قافة أو قرعة فالبصمة الوراثية فيه أولى ، لأن في عصرنا الحاضر لا يعقل لأحد ذي لب وبصيرة أن يلجأ للقرعة أو القیافة مع وجود البصمة الوراثية.⁽³⁾ وقال العالم الدكتور محمد الأشقر وحيث أن البصمة الوراثية قدمت على القافة فمن باب أولى أن تحل بديلا عن القرعة.

وقد اتفق العلماء المعاصرون أن البصمة الوراثية تقدم على القافة في إثبات النسب وذلك لقوة دلالتها العلمية غير المبينة على التخمين وطريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ.

ولكون القرعة لا يلجأ إليها إلا عند تزامن الحقوق وتعارض البيانات لمعرفة صاحب الحق ورد الحقوق إلى أصحابها ، لكن في عصرنا الحاضر لو طبقنا هذا الكلام على البصمة الوراثية للمسنا أثر ذلك جليا في دعاوي النسب فالعلاقة بين البصمة الوراثية وتعارض وتكافؤها في النسب هي أيضا علاقة وثيقة لا تقبل التجزئة ، لأن البصمة الوراثية قد تحل محل القرعة وبالتالي ينجلي غموض واقعة النسب المطلوب التحقق منها.⁽⁴⁾ وبهذا أكون قد وصلت إلى نهاية الأدلة الشرعية لثبوت النسب بدءا من الفراش والإقرار والبيئة والقافة والقرعة وخلصت فيها إلى الأمور التالية:

- أن أحكام النسب مبنية على اجتهادات في تحقيق مناهج الحكم ، وأن ما دون في كتب الفقه يظهر فيه الجانب الشخصي أكثر من الجانب الموضوعي ، وهذا خلافا لما يظنه البعض أن أحكام إثبات النسب ونفيه مفصول فيها بصريح النصوص ولهذا فإن مسائل إثبات النسب على قسمين :

قسم تقرر يقينا عند علماء الشريعة وهذا بلا شك لا دخل للبصمة الوراثية فيه .

1- د/ حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق ص 714 و 717.

2- د/ أقورفة زوبيدة مرجع سابق ص 322.

3- د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 362. 363.

4- أنس حسن محمد ناجي مرجع سابق ص 229 و 241.

- أما القسم المختلف فيه بين الفقهاء والذي يعود معظمه إلى الاستحسان أو إلى تحقيق المناط فإن اعتماد البصمة الوراثية فيه يقضي على الظن والظاهر ويتحقق اليقين الذي يشكل جانباً من الحقيقة القضائية التي ينشدها المجتمع خاصة وأن الأمر يتعلق بأحكام النسب التي تتعلق بالنظام العام ، لتعلقها بحالة الأشخاص . فتكون النتائج التي تقدمها اختبارات البصمة الوراثية أولى بالاعتماد والقبول من تلك الأدلة الظنية .
- لكون أحكام النسب ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمعطيات العلمية فإن تحول المشرع الوضعي من نظام القرائن القاطعة إلى نظام القرائن البسيطة سيساهم في تحقيق اليقين المنشود والحفاظ على حكمة التشريع .
 - إن البصمة الوراثية تعتبر قرينة قوية تصلح نتائجها للاستدلال في كثير من مواضيع الخلاف الفقهي حول طرق إثبات النسب الشرعي ابتداء من الزوجية إلى البيئة والإقرار نهاية بالقيافة والقرعة .
 - فتصح أن تكون كمرجح في مواضيع تنازع الأدلة أو كقرينة تدعم دليلاً على آخر .
 - وكذلك إذا كانت إحدى أدلة ثبوت النسب كالزوجية أو البيئة أو الإقرار قد تطرق إليها ما يردّها أو بضعف حجيتها فيستأنس بالبصمة الوراثية لتأكيد صحة هذه السبل أو بطلانها .
 - كما تصلح في مواطن أخرى أو تكون طريقاً قائماً بذاته يعتمد عليها وذلك حين انعدام دليل يثبت النسب أو ينفيه فتكون هي الفاصل في المسألة .
 - وتقدم نتائجها على دليلي القافة والقرعة في كل الأحوال بهذا أكون قد ختمت الحديث عن موقف البصمة الوراثية من أدلة الشرع من فراش وإقرار وبيئة وقافة وقرعة بقي لي بعد ذلك الاطلاع على آراء علماء العصر اتجاه منزلة البصمة الوراثية من هذه الأدلة الشرعية هذا ما سأبحثه في المطلب القادم .

المطلب الثاني: مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب

انقسم الفقهاء المعاصرون في تحديد مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب الشرعية إلى فريقين: أحدهما يجعل أعلى مراتبها أن تأتي بعد الإقرار وثانيهما يجعلها طريقاً تكميلياً للطرق المثبتة للنسب.

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم الأدلة الشرعية التقليدية، ويمثل هذا الرأي أغلب الفقهاء المعاصرين ⁽¹⁾ ويرون أن البصمة الوراثية تقع منزلتها بين مثبتات الأبوة في المنزلة بعد المراتب التي اتفق الفقهاء على العمل بها ، وبالتالي لا يعمل بها إلا عند عدم وجود الفراش أو البينة أو الإقرار فإن وجد شيء من الوسائل المتقدمة فإن البصمة الوراثية لا تقوى على معارضتها ، بل لا ينظر إليها مع وجودها ⁽²⁾ واستدل هؤلاء الفقهاء في تدعيم وجهة نظرهم على الحجج التالية:

- أن الأدلة الشرعية المثبتة للنسب هي ما أجمعت عليه الأمة منذ عهد الصحابة إلى يومنا هذا على الأخذ بها ⁽³⁾ والقول بتقديم البصمة الوراثية عليها يشكل إبطال للنصوص ومخالفة لإجماع الأمة واستخدامها بإطلاقها يؤدي إلى مزاحمتها لوسائل منصوص عليها شرعاً وفي هذا مصادمة للنصوص أيضاً ⁽⁴⁾ فالشهادة عند جمهور العلماء ليست قولاً في الإثبات لفقهاء وإنما هي إحدى وسائل الإثبات والحجج القضائية المظهرة للحق قام على اعتبارها والاعتداء بها نصوص القرآن والسنة والإجماع .

فكيف يسوغ أن تتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار والتي يعترف الخبراء باحتمال أن يمتد إليها الخطأ من الناحية الفنية أثناء إجراء التحاليل ، فضلاً عن ذلك فإن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب بأدنى الأسباب فلا ينفيه إلا بأقوى الأسباب وهو اللعان ، لذلك فإن القول بتقديم البصمة الوراثية على طرق النسب الشرعية يؤدي إلى هدم أمر مجمع عليه بين العلماء في كافة العصور والأزمان، وعماد جواز البصمة الوراثية هو قياسها على القيافة فغاية الأمر أن تأخذ حكمها وتنزل منزلتها وتقدم البصمة الوراثية على الطرق التقليدية وجعلها مانعة من قبولها هو رأي يخالف ما استنبطه العلماء من أصول الشرع فلا يلتفت إليه. ⁽⁵⁾

1 - منهم د/ محمد سليمان الأشقر ود. وهبة الزحيلي ، د. ناصر عبد الله الميمان و د. علي محي الدين القراعي و عمر محمد السبيل وهو ما أسفرت عنه الحلقة النقاشية لندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة المنعقدة بدولة الكويت يومي الأربعاء والخميس الموافق ل: 28 و 29/01/2000 التي اتفق فيها أغلب الحضور على أن البصمة الوراثية ترقى إلى دليل القيافة ولا تقدم على الشهادة أو الإقرار.

2 - د. ناصر عبد الله الميمان البحث السابق الإشارة إليه . ص 615.

3 - سه ركول مصطفى أحمد . مرجع سابق . ص 167.

4 - د/ أفورقة زبيدة. مرجع سابق ص 324.

5 - د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 374 . 375.

الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على أدلة إثبات النسب التقليدية.

يرى أصحاب هذا الرأي وهم قلة من أهل العلم المعاصرين ⁽¹⁾ ، أن البصمة الوراثية تقدم على جميع الأدلة التقليدية بما فيها الفراش والشهادة والإقرار والقيافة وغيرها ⁽²⁾ ، وهي بذلك ليست دليلاً مستقلاً بذاتها تتقدم على تلك الأدلة الشرعية، وإنما هي بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلة من جهة ومن جهة أخرى تعد مانعاً شرعياً في قبول تلك الأدلة الظنية إذا ما تعارضت معها فهي تدعم دلالة تلك الوسائل الظنية وترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنها قرينة قاطعة تصاحب الدليل الشرعي وليست دليلاً مستقلاً بذاتها ⁽³⁾ واعتمد هؤلاء العلماء في تبرير وجهة نظرهم ، أن الأدلة التقليدية مبنية على الظن الغالب . إذ كلها لا تفيد القطع بوقوع الجماع الذي يكون سبباً للحمل ، فلا الشهود وقفوا بأنفسهم على ذلك ، ولا قيام الفراش مفضي وجوباً بالحصول على ذلك ، ولا الإقرار الذي قد يكون إقراراً على خلاف الحقيقة والواقع، فهي إذن أدلة يتطرق إليها الخطأ والنسيان والتزوير بخلاف الأدلة المادية والتي تسمى " بالشاهد الصامت " والتي تعتمد على قواعد علمية نافية، فتقنية البصمة الوراثية يمكن من خلالها الجزم بإثبات أو نفي البنوة لأنها تعتمد على العلم والحس وتقوم على التسجيل الذي لا يقبل العود و الإنكار بخلاف الأدلة التقليدية التي تعتمد على الظن وتتأثر بالعواطف. ⁽⁴⁾

وفي نفس السياق قال: الدكتور سعد الدين مسعد هلالي أن محل النزاع يتمخض في طريق إثبات الفراش الحقيقي الذي يكون منه الولد والذي حمل الفقهاء إلى التوجه إلى إثبات الفراش الحقيقي عن طريق مظهره بقيام حالة الزوجية هو طبيعة تلك العلاقة الخاصة بين الزوجين القائمة على السرية والحياء وعند العجز عن الوصول إلى أصل الحقيقة فإنه من الطبيعي أن تنتقل إلى مجاز أقرب إلى تلك الحقيقة وأقرب مجاز في مثل هذا الحال هو قيام حالة الزوجية بالعقد كما ذهب إلى ذلك الحنفية أو بالدخول كما ذهب الجمهور ، فإن هذه الحالة تجيز عقلاً وشرعاً اتصال الزوجين ومعاشرتهما.

فاعتبر الفقهاء هذه المظنة قائمة مقام الشهادة على الجماع أو الوطء ولهذا أطلق الفقهاء على هذه الحالة " دليل الفراش " وكأنهم جعلوا مظنة الفراش فراشاً وشاع هذا الاصطلاح (الفراش) دليلاً للنسب ولكنهم في الحقيقة يقصدون مظنة الفراش وليس الفراش وواصل حديثه لإمالة اللثام عن هذا الغموض قائلاً وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دون ما كشف للعورة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين ودون ما تشكك في ذم الشهود أو المقرين أو القافة لأن الأمر يرجع إلى كشف إلى مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي.

1/ د.د. أقورفة زبيدة مرجع سابق ص 327.

2/ سه ركول مصطفى أحمد مرجع سابق ص 170

3/ د.د. أقورفة زبيدة نفس المرجع

4/ د/ خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 372 . 373

فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجأ لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟ وختم رأيه قائلاً : إن وسائل إثبات النسب ليست أموراً تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية ولا نهملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل ، فإذا لم تتيسر الإمكانيات لتعميم استعمال البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل الشرعية المعروفة⁽¹⁾

الفرع الثالث: الرأي المختار

و الواضح في اعتقادنا أن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصحة لأن الأدلة الشرعية مبنية على الظن الغالب بينما البصمة الوراثية وسيلة قطعية الدلالة في أصلها و لها دقة و متناهية و الخطأ فيها نادر و مستبعد و هي تتفوق (أي البصمة الوراثية) على كل الأدلة الشرعية التقليدية فهي و إن كانت تلتقي مع القیافة في عدة جوانب كاشتراكهما في اعتماد الشبه بين الآباء و الأبناء فإن القیافة تتوخى الشبه الظاهر ، الذي كثيراً ما يخطأ فإن البصمة الوراثية تعتمد على الشبه الباطن (أي النمط الوراثي للحامض النووي (D.N.A)) لذلك فإن البصمة الوراثية تتفوق على القیافة لدقة نتائجها ، كما أنها تتفوق على الشهادة التي تبنى على الظن الغالب و يكفي فيها الاستفاضة و الشهرة و احتمال الخطأ و الكذب و ارد جدا وهكذا الحال مع سائر أدلة الإثبات لأنها كلها وسائل مبنية على الظن الغالب و عند مقارنة نتائج البصمة الوراثية نجد نتائج هذه الأخيرة دقيقة و العقل يصدقها ، و إذا كان هناك خطأ في نتائجها فهو يرجع إلى الجهد البشري و الذي يمكن تجنبه بأخذ الحیطة و الحذر عند إجرائها⁽²⁾ كما أن استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب تتحقق معه المصالح الشرعية المعتمدة و تنتفي المفاسد المتوقعة في استخدام الأدلة التقليدية و قد عبر عن ذلك الدكتور سعد الدين مسعد هلالی : وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دون ما كشف للعورة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين و دون ما تشكك في ذم الشهود أو المقرين أو القافة لأن الأمر يرجع الى كشف مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان و التي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن و نترك دليل القطع⁽³⁾

1- د/ سعد الدين مسعد الهاللي مرجع سابق ص 315-316.

2- سه ركول مصطفى أحمد مرجع سابق ص 170

3- د/ سعد الدين مسعد هلالی مرجع سابق ص 315-316

و لهذا قال البعض : إن البصمة الوراثية لو كانت معروفة لدى فقهاء السلف لاعتمدها لأنها تقيم الحجة على صدق المدعي و في نفس السياق قال الدكتور سفيان بن عمر بورقعة: لأن دليل إثبات النسب إذا كان صحيحا فيجب أن لا يعارض دليل البصمة الوراثية لأن الشرع يقيني ، و لا يمكن أن يعارض اليقين اليقين و إذا ثبت بالبصمة الوراثية خطأه فكيف لنا أن نأخذ بالظن البين خطأه فالبصمة الوراثية ما هي إلا وسيلة للتحقق من دليل صحة الإثبات ⁽¹⁾ .

و سبق أنه و حتى تتأكد هذه المكانة المرموقة للبصمة الوراثية يتعين تأطيرها تأطيرا صحيحا يتفق مع القواعد الشرعية و المعطيات العلمية.

المطلب الثالث: البصمة الوراثية واللعان

من المعلوم أنه إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية المتفق عليها وهي الفراش أو الإقرار أو البينة أو السماع فإن الشارع الحكيم قد حصر نفي النسب في طريق واحد وهو اللعان. ⁽²⁾

ومن المعلوم أيضا أن البصمة الوراثية كقرينة قوية ، أصبحت تستعمل في نفي النسب بصفة قاطعة. ولكون اللعان يقوم على الشك لا اليقين ⁽³⁾ إعمالا لمبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية هو الأخذ بالظاهر والذي يبطل العمل به كلما وجد ما هو أقوى منه أو يعارضه (انعدام أهلية الإنجاب أو قاعدة أقل مدة للحمل) ⁽⁴⁾ بينما البصمة الوراثية تفيد اليقين والقطع في إثبات النسب ونفيه ، لذلك فإذا شك الزوج في نسب ولده ولا دليل لديه على زنا زوجته ، فهل يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفيه للولد دون اللجوء إلى اللعان ؟ وإذا تعارضت أقوال الزوج مع نتائج التحليل وطالب بإجراء اللعان فهل يجب لطلبه ؟ أم يستغني عنه بالبصمة الوراثية . وبشأن هذا الأشكال انقسم علماء العصر ومجتهداتهم من الباحثين والمفكرين إلى فريقين:

1 - سفيان بورقعة . مرجع سابق ص 339

2- د. محمد بن يحيى حسن النجيمي- التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات

مقال منشور بالمجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب . العدد 37 سنة 2004 تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ص 85.

3- د. محمد محمد أبو زيد . مرجع سابق ص 293 .

4- د. مازن إسماعيل هنية ود. أحمد ذياب شويديج. البحث السابق الإشارة إليه .

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللعان:

يرى أنصار هذا الرأي أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان لأن نتائجها يقينية إذا ثبتت أن الولد ليس من الزوج فينتفي منه بالبصمة الوراثية دون اللعان لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة ، وهو رأي الشيخ محمد المختار السلامي ، والدكتور سعد الدين مسعد هلايلي الذي قال : " إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان"؟⁽¹⁾

وبهذا يظهر أن أثر البصمة الوراثية ينحصر في أنه دليل مع الزوج أوضده ، فإن كان معه فلا وجه لللعان إلا من أجل المرأة أن تدفع عنها حد الزنا وإن كان ضده وتبين أن الولد منه وجب عليه حد القذف إلا على قول من يرى أن أحد القذف حق للمرأة وبها أن تسقطه أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنا وليس من أجل نفي الولد وأما الدكتور نصر فريد فقال: " إذا جاءت البصمة الوراثية وأثبتت نسب الطفل إلى الزوج فإن نسب الطفل لا يبقى عنه حتى ولو لاعن ، لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب وأن نتائج البصمة الوراثية يقينية ودقيقة فقد يكون باعث الزوج من اللعان هو الكيد لزوجته " .⁽²⁾

- أما الدكتور أوان عبد الله الفيضي في مؤلفه الموسوم بالحجية الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في نفي النسب وفي معرض حديثه عن نفي النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فإنه خلص بعد استعراضه لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية في التشريعات الوضعية فإنه خلص من أن مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية يجب التمييز فيها بين حالتين:
- نفي النسب مع القذف بالزنا ففي هذه الحالة لا يقر فقهاء الشريعة الإسلامية نفي النسب إلا باللعان وهذا يعني تقديم اللعان على البصمة الوراثية .
- وفي الصورة الثانية رجح مذهب القائلين بتقديم البصمة الوراثية على اللعان بعد عرضه لآراء الفقهاء في هذا الموضوع وواصل قائلاً أنه ومن خلال دراسته للقوانين الوضعية لعدد من الدول لاحظ أن هذه القوانين لا تفرق في مسألة نفي النسب بين النفي المصحوب بالقذف بالزنا أو بدونه.⁽³⁾

1- د. خليفة علي الكعبي مرجع سابق ص 442.

2- د. اقو رفة زبيدة . مرجع سابق ص 332.

3- للاطلاع أكثر على موضوع نفي النسب بالبصمة الوراثية راجع مؤلف أوان عبد الله الفيضي السابق الإشارة إليه ص 189 - 209.

و قال الدكتوران مازن اسماعيل و أحمد أحمد دياب شويديح في هذا الموضوع فإننا لا نرى تجاوز الحقائق العلمية القاطعة في نفي النسب لأن ذلك هو بمثابة دفن الرأس في التراب ، و لكن الواقع الثابت و الشريعة الإسلامية تأبى تسفيه العقول تأبى تجاوز هذه الحقائق ، وانتهيا إلى القول بأنه متى أظهرت الحقائق العلمية عدم انتساب الولد للزوج فانه ينفي عنه دون حاجة لقذف الزوجة أو الطعن في عرضها مما يجعله في دائرة اللعان أو الحد و اشتراطا لذلك :

1. أن تكون الحقائق العلمية قاطعة.
2. و أن يفصل في الأمر الثقة العدل
3. أن يرجع إلى أكثر من جهة مختصة للوقوف على حقيقة الأمر حتى تحصل الطمأنينة و الثقة بقول المختصين⁽¹⁾.

كما قال الدكتور علي القرة داغي في رأيه في المرأة الحامل المقررة بالزنا أو بالشهادة ثم وضعت إذا جاءت النتيجة أن الولد ليس من الزوج فينفي نسب الولد دون الحاجة إلى اللعان لثبوت الزنى الذي هو مظنة كبيرة كون الحمل ليس من الزوج و النص الموجب للعان هو عدم وجود أربعة شهداء أو الإقرار فإذا تحقق ذلك انتفت حاجة اللعان⁽²⁾ و ذهب الدكتور القرضاوي إلى القول أن الاحتكام إلى البصمة الوراثية جائز إذا كان بطلب من الزوجة دون الزوج حتى تتمكن من درء التهمة عن نفسها و تحفظ حقها و ليس في ذلك اعتداء على حق شخص آخر⁽³⁾.

و استدل القائلون بهذا الرأي بقوله تعالى : " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله ، أنه لمن الصادقين و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين " .⁽⁴⁾

فدلت هذه الآية أن الزوج ، يلجأ للعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه ، و بعد التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا ، بل أصبح له شاهد و الشاهد هنا يقصد به البصمة الوراثية ، و هي بينة قوية تؤيد قول الزوج ، فلم يبق هناك موجب للعان أصلا لاختلال الشرط في الآية⁽⁵⁾.

1- د/مازن اسماعيل هنية و الدكتور احمد دياب شويديح.مرجع سابق.ص 20 21.

2- د.علي القرة داغي ، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ،بحث مشار اليه ص.30.

3- يوسف القرضاوي الحلال و الحرام ، الدار البيضاء، المعرفة 1985 فتاوى معاصرة ط3 الكويت دار القلم 2003.

4- سورة النور الآية 06.

5- للإطلاع أكثر على الاعتراضات التي وجهت للاستدلال بالآية الكريمة ، و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهميرجى الاطلاع على مراجع كل من د.خليفة على الكعبي ، مرجع سابق ص.445 447 و مرجع د.حسني محمود عبد الدائم مرجع سابق 808-810 و مرجع د.عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص.701-708.

و اعترض على هذا الاستدلال بالآية الكريمة بعدة اعتراضات منها :

- لفظ (الشهداء) الوارد في الآية لو جاء بدله كلمة (بينة) لكان لهذا الرأي وجه من الصواب.
- الشهادة في الآية الكريمة هي شهادة و البصمة الوراثية لا يلجأ إليها لأنها لم تكن شهادة سابقة.
- البصمة الوراثية لا ترقى إلى هذه الشهادة التي أوجبها الشارع شهادة أربع شهود فلا يجوز أن تعتبر البصمة الوراثية في قوة الشهادة في إثبات الزنا و ما يستلزمه من نفي الولد ، لأن الشهادة في الواقع لا بد أن تكون صريحة كاملة في مشاهدة أثر ذلك و في مشاهدة الواقعة نفسها بدليل أنه لو تخلى واحد من الأربعة حد الثلاثة و بطلت الشهادة ، و عليه لا يجوز أن تعتبر البصمة الوراثية في قوة الشهادة .
- في هذا الرأي مصادمة للنصوص الشرعية ، و الجرأة على إلغائها و عدم اعتبارها و هذا لا يجوز ، فكيف يجوز إلغاء حكم شرعي بناء على نظريات طبية مظنونة ⁽¹⁾ و الله تعالى يقول : "و ما كان لمؤمن و لا مؤمنة إذا قضى الله و رسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" ⁽²⁾

الفرع الثاني : مذهب القائلين بتقديم اللعان على البصمة الوراثية .

يرى أصحاب هذا الرأي أن البصمة الوراثية لا ترقى إلى أن تكون دليلاً يعتد به لإلغاء حكم اللعان و يرون أن اللعان هو المعول عليه في الحكم بنفي النسب و يقتصر دور البصمة الوراثية على التقليل من اللجوء إلى اللعان ⁽³⁾ و هذا لأنه حسب هذا الرأي فإن النسب الشرعي الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان و عليه لا يجوز تقلص البصمة الوراثية على اللعان ⁽⁴⁾ ، و يشكل هذا الرأي توجه عام لدى الفقهاء المعاصرين منهم د/علي محي الدين القرة داغي و د/عبد الستار فتح الله سعيد و د/محمد الأشقر و د/محمد السبيل و د/ناصر عبد الله الميمان و د/وهبة الزحيلي و د/سعد العنزي و الشيخ عبد الله المنيع و عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة ⁽⁵⁾ و الذي جاء فيه : لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان ⁽⁶⁾ و استدلل هؤلاء بجملة من الأدلة منها:

- اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع و له صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغاؤه و إحلال غيره محله أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة و الصحة في نظر المختصين بها. ⁽⁷⁾

1-د. اشرف عبد الرزاق ويح ، مرجع سابق ص.150.

2-سورة الأحزاب الآية 30.

3-أ. بكاي أسماء ، الرسالة السابقة ص.89.

4- د/ حسني محمود عبد الدائم ، مرجع سابق ، ص.799.

5 - وردت آراء الفقهاء المعاصرين في مرجع الدكتور اشرف عبد الرزاق ويح ، السابق الإشارة إليه ص 151 حيث يقول مثلاً الدكتور علي محي الدين القرة داغي : فلو فتح هذا الباب -وهو الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب و الاكتفاء بما دون اللجوء إلى اللعان لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء و التساهل في نفي النسب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات و بالتالي إلى فوضى و اضطراب في هذا الأمر الخطير الذي يترتب أي تساهل فيه مفساد عظيم و لذلك لا بد من سد هذا الباب ، ومنع هذه الوسيلة و الذريعة المؤدية إلى ذلك.

6- انظر القرار السابع من قرارات للمجمع الفقهي الصادر في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في عام 2002.

7- أ. بكاي أسماء الرسالة السابق الإشارة إليها ص 92.

- القول بإحلال البصمة الوراثية محل اللعان فيه إهدار لقوة الأدلة و تدرجها لذلك فان النسب الثابت بالفراش لا يمكن نفيه إلا بدليل أقوى من الفراش و هو اللعان⁽¹⁾

البصمة الوراثية مقيسة على القافة فتأخذ حكمها و القافة كما هو معروف تعتمد على الشبه و قد أهدر النبي (ص) الشبه مقابل اللعان في واقعة هلال بن أمية حينما قال بعد الانتهاء من إجراء إيمان الملاعنة " أبصروها فان جاءت به أكحل العينين سابغ الأليلين حدلج الساقين فهو شريك بن سمحاء ، فجاءت به كذلك فقال النبي (ص):لولا مضي من كتاب الله لكان لي و لها شأن" فدل ذلك على عدم الاعتداد بالشبه إذا عارض اللعان حيث العمل بأدلة الشرع سواء كانت مثبتة للنسب أو نافية له على الأدلة العلمية التي تتعارض معها مهما كانت قوتها لأن ما ثبت بالنص أقوى مما ثبت بالقرينة مهما بلغت درجة قوتها.⁽²⁾

- كما استدلل أصحاب هذا الرأي بأن نفي النسب باللعان و تقديمه على الوسائل العلمية المعاصرة يضمن الستر الثابت للمرأة لأنه إذا حدث وقوع اللعان بينها و بين زوجها فانه لا يعرف الكاذب فيهما، و هذا ما جاء على لسان زوجة هلال بن أمية التي لاعن النبي (صلى الله عليه و سلم) بينها و بين زوجها " ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة أوقفوها وقالوا أنها موجبة قال ابن عباس ،فتلكأت و نكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت ، لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت " بينما الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب يفضي إلى إهدار هذا الستر و هذا منافي لمقصد الشرع ، و ما ناقض مقصد الشرع لا يجوز الأخذ به.⁽³⁾

1- أ.ة / بكاي أسماء ، الرسالة السابق الإشارة إليها، ص.92

2- أفورقة زبيدة ، مرجع سابق ، ص.330.

3- الدكتوران مازن اسماعيل هنية و احمد دياب الشويح ، البحث السالف الإشارة إليه، ص.16-17

الفرع الثالث: الترجيح:

والذي يترجح لدي أنه لا يجوز أن تساوي البصمة الوراثية اللعان في نفي النسب وذلك كمايلي:

- أنه يؤدي إلى إهمال العمل بحكم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع .
- أنه يساوي طريقا لنفي النسب ثابتة بالأدلة المذكورة بطريق لا تزال في طور التجربة ويعتريها الخطأ البشري في نتائجها .
- البصمة الوراثية مقيسة على القافة فتأخذ حكمها والقيافة تعتمد على الشبه ، وقد أهدر النبي الشبه مقابل اللعان .⁽¹⁾

لكن مع هذا يمكن أن يستعان بالبصمة الوراثية في تقليل حالات اللعان ، ويكون ذلك إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه ، فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك ، فإن جاءت نتائج البصمة الوراثية تؤكد بأن المولود على فراشه هو ابنه⁽²⁾ دل ذلك .

- على عدم صحة دعوى الزوج وكان ذلك حجة عليه وأمكن بالتالي للقاضي لما له من سلطة تقديرية حرمانه من آثار اللعان وذلك بأن يثبت نسب المولود إليه جبرا . وهذا ما ذهب إليه الدكتور علي محي الدين القرة داغي وعلي يوسف المحمدي ، بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ إليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختبار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه لا ينبغي له اللعان وهذا الرأي يتفق مع مذهب الجمهور الذي يرى أن اللعان لا يقع إلا بحضور الحاكم فإذا رفض الحاكم طلب الزوج للعان يبق إصراره على اللعان بدون أثر.⁽³⁾ وقد قال في ذلك الدكتور عمر السبيل : وقد ذكر لي فضيلة الشيخ عبد العزيز القاسم وهو أحد القضاة في محكمة الرياض الكبرى . أنه تقدم إليه شخص بطلب اللعان من زوجته للانتفاء من بنت ولدت على فراشه ، فأحال القاضي الزوجين مع البنت على الجهة المختصة بإجراء اختبارات الفحص الوراثي ، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتا قطعيا ، فكان ذلك مراعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته ، كما زال أيضا بهذا الفحص الحرج الذي أصاب الزوجة وأهلها جراء سوء ظن الزوج فتحقق بهذا الفحص مصلحة عظمى يتشوف إليها الشارع ويدعو إليها .⁽⁴⁾ وأما إذا أصر الزوج على نفي نسب المولود الذي ولد على فراشه ولم يكثر بنتائج الفحص الجيني فحينئذ يجري القاضي بينهما اللعان ويحكم بالفرقة الأبدية دون أن يمس ذلك بشئ من حقوق المولود المعنوية والمادية وهذا ما جنحت إليه دار الإفتاء المصرية سنة 1995 في القضية رقم 635 شمال القاهرة .⁽⁵⁾ أما إذا جاءت نتائج التحليل الوراثي مغايرة للحقيقة البيولوجية ، بأن ثبت يقينا أن الزوج المنكر للنسب لا يمكن أن يكون أصلا للمولود المتنازع عليه كانت نتائج البصمة الوراثية بمثابة أداة تكميلية ودليل إلى جانب الزوج تؤكد صدق دعواه وتحول شكوكه إلى يقين ، فهنا ستكمل إجراءات الملاعنة لقطع النسب عن صلبه وفراق زوجته دون أن يكون لنتائج البصمة الوراثية أثر على حق الزوج أو الزوجة في درء الحد عن نفسها بالملاعنة.⁽⁶⁾

- 1- د/ محمد بن يحيى حسن النجمي . المقال السابق الإشارة إليه ص 86.
- 2- د/ أشرف عبد الرزاق ويح . مرجع سابق . ص 155 – 156.
- 3- دة أفورقة زوييدة . مرجع سابق ص 335-336.
- 4- د/ أشرف عبد الرزاق ويح . مرجع سابق ص 156.
- 5 أحداث القضية رقم 635 لسنة 1995 شمال القاهرة باختصار شديد مشار إليها بمرجع محمد الكشيور – البتوة و النسب في مدونة الأسرة مرجع سابق ص 215 – 216.

-تاريخ عقد الزواج 1994/02/10.

-تاريخ حفل الزفاف والدخول بالزوجة 1994/10/17 ثم تبين له حسب ادعائه أن الزوجة ليست بكرا.

- شهادة ميلاد الطفلة المراد نفي نسبها تحمل تاريخ 1995/03/19.

أقوال الزوج:

أ- أنه من تاريخ دخولي على المدعى عليها حتى أواخر ديسمبر 1994 وأنا أرى مصاعب صحية تتناحها وهي تدعي مجرد آلام بالبطن ، حتى فوجئت أنها حامل في أواخر الشهر السابع ولم يبق عن الوضع سوى شهر ونصف على وجه التحديد .

ب- كيف تزف إلي في: 1994/10/17 ومنذ ثلاثة أشهر وهي حامل في شهرها السابع فهذا الحمل إذن ليس مني ، وأنا أطالب بنفيه لتأكيد أنه حال دخولي عليها كانت تحمل هذا الحمل في أحشائها من شخص آخر غيري .

أقوال الزوجة: قالت الزوجة أن المدعى زوجها دخل بها في تاريخ العقد أي في: 1994/02/10. وليس في 1994/10/17. كما يدعي وهذا الحمل منه وقدمت شهادة الميلاد للمحكمة.

شهادة الشهود: أشهدت الزوجة شاهدين بأن عقد القران والدخلة كان بتاريخ: 1994/09/10. وأن أحد الشهود قام بتوصيل العروسين إلى منزل الزوجية وأن المدعى كان يقيم فيه ويتردد على المدعى عليها منذ أن عقد عليها .

أما شهود الزوج فقالوا: إننا حضرنا عند الزفاف وشهدنا المنقولات ، ولا نعلم ما إذا كان المدعي قد دخل بزوجه أم لا ولم تعلم بإيجاب الطفلة إلا خارج المحكمة الآن .

حكم المحكمة: بعد عدة جلسات قامت المحكمة بتوجيه يمين اللعان بين الزوجين وقام بتأديته أمام المحكمة بجلسة 1998/05/11. ثم أجابت المحكمة طلب الزوجة بإحالة الطفلة للطب الشرعي لإجراء البصمة الوراثية للتأكد من نسب الطفلة بتاريخ: الجلسة 1998/07/27.

رأي الطب الشرعي: وكان تحريره في: 2001/04/19 حيث جاء فيه .

بأنه بعد إجراء الفحوصات الطبية على الطفلة بـ ونتائج التحاليل الطبية الخاصة بفصائل الدم الرئيسية والفرعية وتحليل الحامض النووي (D N A) يمكن القول بأن الطفلة / ب هي ثمرة زواج المدعي والد الطفلة وبتاريخ: 2001/04/30 قررت المحكمة عرض القضية على دار الإفتاء المصرية .

قرار دار الإفتاء المصرية في القضية رقم 635 لسنة 1995: وبعد مقدمات عن أسباب ثبوت النسب التي هي الفراش والإقرار والبيئة وبعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة أقل مدة للحمل وأكثرها واستعراض النصوص الشرعية الخاصة باللعان من الكتاب والسنة انتهت دار الإفتاء المصرية إلى الآتي:

أولاً: يفرق بين الزوجين المتلاعنين ولا يجتمعان أبداً

ثانياً: يثبت نسب الطفلة / ب المولودة بتاريخ: 1995/03/11 إلى والدها المدعي للأسباب الآتية:

1- أن الزوجة قد وضعت بعد أكثر من ستة (6) أشهر أقل الحمل من تاريخ العقد الصحيح وقبل مرور سنة شمسية من تاريخ الوطء والغيبة وأن إمكانية حدوث الحمل من الزوج والتلقيح بينهما قائمة من وقت عقد القران ولا يقدح في ثبوت النسب بالإضافة لشاهدي الزوجة بأن المدعي دخل بالمدعى عليها في نفس يوم عقد القران بتاريخ: 1994/02/10. كما أن شاهديه قرارا فقط أحما حضرا حفل الزفاف بتاريخ: 1994/10/17. ولم يعرفا ما إذا كان قد دخل عليها أم لا وبذلك تطرق الاحتمال إلى الدليل والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال لسقط به الاستدلال ، بالإضافة إلى أن شاهدي الزوجة قررا أن المدعي دخل عليها في نفس يوم عقد القران بتاريخ: 1994/02/10. ولأن الثابت شرعا أن كل من ولد له ولد على فراشه فهو ولده شرعا لحديث الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ومن ثم يقتصر أثر اللعان على درء الحد عن الزوج والتفريق بين الزوجين دون أن يؤثر على نسب الطفلة من لو نفاه الأب ذلك حق الشرع والشارع يتشوف إلى إثبات النسب حفاظا على مصلحة الطفل وعدم تصديقه لأن الواقعة لا يوجد فيها ما يدل على نفي النسب خاصة أن الزوج دخل بها وعاشها معاشرة الأزواج .

2- إن التحاليل الطبية أثبت بفحص الحامض النووي أن الطفلة ب تحمل الصفات الوراثية للمدعي والدها والمدعى عليها والدتها فلا يمنع من نسب الطفلة لوالدها المدعي لأنه يعمل بالدليل العلمي قياسا على إثبات الرسول عليه الصلاة والسلام البنت بالشبه للزوج صاحب الفراش في الشكل ، كما هو واضح في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن هلال بن أمية حينما قال: لولا الإيمان لكان لي ولها شأن فقد أفاد الحديث أنه حتى لو تمت الملاءنة بين الزوجين وولد الطفل شبيها بالزوج صاحب الفراش فإنه ينسب له ولا ينفي عنه ويقاس على ذلك من باب أولى ، ما يقرره الحكم عن طريق الفحوصات والتحاليل الطبية المبينة للنسب أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به الرسول عليه الصلاة والسلام في إثبات النسب وعليه والزوجة أن يربعا حق الله.

6- د/ أفورقة زوييدة . مرجع سابق ص 338.

الباب الثاني

منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات

الفصل الثاني

مكانة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الجزائية

الفصل الثاني : مكانة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الجزائية

لما كان الإثبات الجنائي عملية متكاملة تهدف إلى البحث عن الأدلة التي تثبت حدوث الواقعة الجنائية و ظروف ارتكابها وأسبابها ونسبتها إلى مرتكبيها و تقديمهم للعدالة، فإن البحث عن مكانة للبصمة الوراثية ضمن أدلة الإثبات الجنائية يقتضي الخوض في الإثبات بتعريفه وإبراز أهميته وبيان الهدف منه ثم التعرض إلى النظم الأساسية في الإثبات دون إغفال القواعد الأساسية المتحكمة فيه كمبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته و مبدأ مشروعيه الدليل وبيان على من يقع عبء الإثبات، كما يقتضي الموضوع التعرّيج على أدلة الإثبات من حيث ماهيتها وتميزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها و تقسيماتها المختلفة وبيان أنواعها، كل ذلك نتناوله من خلال المباحث التالية .

المبحث الأول : ماهية الإثبات الجنائي

المبحث الثاني : ماهية الأدلة الجنائية و تمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها و تقسيماتها و أنواعها.

المبحث الثالث: البصمة الوراثية بين نظم الإثبات و أدلته

المبحث الأول : ماهية الإثبات الجنائي:

لتحديد ماهية الإثبات الجنائي تحديدا كافيا يتعين علينا تحديد مفهومه و بيان النظم الأساسية له وتحديد القواعد العامة المتحكمة فيه، لذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كما يلي.

- **المطلب الأول:** مفهوم الإثبات الجنائي
- **المطلب الثاني :** النظم الأساسية للإثبات الجزائي
- **المطلب الثالث:** القواعد العامة للإثبات الجزائي

المطلب الأول : مفهوم الإثبات الجزائي :

يكتسي الإثبات الجزائي أهمية خاصة، لأن عن طريقه يتوصل القاضي إلى إقامة الدليل على وقوع الجريمة و نسبتها إلى المتهم وإصدار حكم نهائي في الدعوى، و الذي يصبح عنوانا للحقيقة و هكذا يظهر أنه لا يمكن فصل الإثبات عن الحكم ، لذلك قيل بأن الإثبات الجزائي هو روح الحكم و جوهره و لهذا يتعين علينا بذل جهد مضاعف للبحث فيه لذلك يتعين علينا لبيان مفهومه التعرض إلى تعريفه وأهميته والهدف منه ،وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية :

الفرع الأول :تعريف الإثبات الجزائي:

يعنى لفظ "إثبات" لغويا الدليل أو البرهان أو البينة أو الحجة، و الكلمة المستعملة في اللغة الفرنسية "preuve" تشتق مصدرها من اللفظ اللاتيني "PROBATIO" وهذا الأخير يتعلق بلفظ "PRODUS" الذي معناه الجيد والصالح والنزيه من هنا فإن كلمة إثبات تنصرف إلى كل عملية يكتسب من خلالها إدعاء ما صحة فيصبح أكثر قوة ⁽¹⁾ وهكذا فإن الإثبات بمعناه العام ⁽²⁾ هو كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة و في معناه القانوني هو إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية تترتب آثارها أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون ⁽³⁾ أو هو كما يذهب البعض وحسب الاتجاه الموسع في الإثبات يعنى إقامة الدليل أمام القضاء على تصرف قانوني كالبيع أو القرض أو هو إقامة الدليل على واقعة مادية كالقتل و السرقة بوسائل إثبات محددة في القانون والإثبات في جوهره إذن يشمل كل ما يؤدي إلى ثبوت التهمة عن المجرم أو نفيها عنه لأن المقرر في الفقه الجنائي أنه لا يمكن مساءلة شخص عن جريمته ما لم تسند إليه ماديا و معنويا ⁽⁴⁾

1. د/ محمد مروان . الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائي الجزء الأول دون طبعة. ديوان المطبوعات الجامعة سنة 1999 ص104

2. راجع في تعريف الإثبات بصفة عامة المعجم الوسيط . مكتب الشروق القاهرة

3. د/عبد الرزاق السنهوري . مرجع سابق ص13-14

4. د/العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر . الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والإجتهد القضائي موسوعة الفكر القانوني دار الهدى عين مليلة 2006 ص 16-17

و من خلال التعريفات السابقة يتبين أن الإثبات موضوع الدراسة هو الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية يراد إثباتها و هو بهذا المعنى يختلف عن الإثبات بمعناه العام و الذي لا يتم أمام القضاء كالإثبات العلمي لكون هذا الأخير يبحث عن الحقيقة المجردة بأي وسيلة كانت يتمتع فيها الباحث بحرية كاملة⁽¹⁾.

و الإثبات القضائي يتطلب البحث و التدقيق عن الدليل و قبوله و تقديره و هو لا يرتبط بوحدة من مراحل الدعوى العمومية بل يتسع ليشمل مرحلة التحقيق الابتدائي و مرحلة التحقيق النهائي⁽²⁾.

الفرع الثاني : أهمية الإثبات الجزائي:

إن الإثبات هو فدية الحق، فالحق بدون سند الإثبات هو و العدم سيان و ليس معنى هذا القول أن الإثبات في الدعوى الجزائية منشئ للحق في جوهره مثل الركن لكنه يعتبر عنصر هاماً لدعم هذا الحق وإظهاره و تأكيده⁽³⁾ ويكتسي الإثبات الجزائي أهمية خاصة لأنه عن طريقه يتوصل القاضي إلى إقامة الدليل عن وقوع الجريمة و نسبتها إلى التهم، و هو يلعب دوراً هاماً في السياسة الجنائية الحديثة التي تسعى إلى تفريد الجزاء الجنائي وفقاً لشخصية الجاني ودور الإثبات الجزائي لا يتوقف عند حد إقامة الدليل من أجل إثبات الجريمة و نسبتها إلى المتهم و إنما أيضاً من أجل تحديد شخصية المتهم و مدى خطورته الإجرامية، و تظهر أهميته أيضاً من خلال الدور الإيجابي الذي يمارسه القاضي في ظله للوصول إلى الحقيقة، لأن الجريمة واقعة تنتمي إلى الماضي و القاضي ليس في وسعه أن يعاينها بنفسه لذلك يستعين في سبيل إعادة تمثيلها أمامه بوسائل و هذه الوسائل هي وسائل الإثبات.

1. د/محمد نصر محمد. أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة مكتبة القانون و الاقتصاد الرياض. طبعة 2014 ص 14
2. أ. الهام صالح بن خليفة. دور البصمات و الآثار المادية في الإثبات الجنائي. دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن 2014 ص 23.
3. أ. غليس بوزيد. تلازم مبدأ الإثبات الحر بالافتناع الذاتي للقاضي الجزائي. دار الهدى عين مليلة الجزائر. طبعة 2010 ص 88.

و يعتمد الإثبات الجزائي في سعيه لإظهار الحقيقة على الدليل الذي يجب من أجل الحصول عليه إتباع القواعد المحددة لكيفية الحصول عليه و الشروط التي يتعين عليه تطبيقها فيه، و التي توفر الثقة في الدليل الذي يقدمه و مخالفة هذه القواعد و الشروط قد يهدر الدليل و يشوب الحكم بالبطلان، و تتضاعف أهمية الإثبات الجزائي لأنه يتطلب لتحقيق العدالة أن يكون الحكم مبنيا على الجزم و اليقين لا على الظن و التخمين⁽¹⁾ و مما يزيد من أهمية الإثبات الجزائي هو اختلال ميزان القوي ضد المتهم و الذي يظهر بمظهر الطرف الضعيف في العملية الإثباتية في مختلف مراحلها في مواجهة مختلف الجهات المعنية بها ، لذلك كان من اللازم وضع قواعد إجرائية محددة يستخرج منها أدلة الإثبات القانوني اللازمة للإدانة و تحكم سلامة تحصيلها و قبولها أمام الحكم حفاظا على الحريات الفردية دون تضحية بمصالح المجتمع (2) لذلك قيل أن نظرية الإثبات من أهم و أخطر النظريات القانونية بل لا يوجد في القانون نظرية تضارعها من حيث الشمول و هي النظرية الوحيدة التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها في كل ما يعرض عليها من القضايا (3).

الفرع الثالث : الهدف من الإثبات الجزائي:

إن الهدف الأساسي من الإثبات الجزائي هو إظهار الحقيقة سواء فيما يتعلق بالأفعال المرتكبة أو فيما يتعلق بشخصية المتهم الذي يكون محلا لمتابعة جزائية، إذا لا يعقل أن تسلط عقوبة على متهم إلا إذا ثبت حصول جريمة و إسناد عناصرها إليه كفاعل و التأكد من انصراف نيته الجرمية إلى ارتكاب هذه الأفعال، رغم أن القاضي الجزائي و في ظل نظام الإثبات الحر لا يكون مقيدا بطرق محددة في الإثبات و إنما عليه البحث عن الحقيقة بكافة الطرق المشروعة لكن قد تبتعد الحقيقة القضائية عن الواقع و قد لا يستطيع القاضي أن يصل إلى كل الحقيقة الموضوعية لصعوبة الحصول على الأدلة، لهذا فإن الحقيقة القضائية وإن كانت حقيقة ثابتة فهي نسبية لا مطلقة ظنية لا قطعية

1. أ. سليمان عثمان ميلود . حجية الطب الشرعي في الإثبات الجزائي . الرسالة السابق الإشارة إليها ص 07.

2. أ.د. مروك نصر الدين . محاضرات في الإثبات الجنائي ج 1 . دار هومة طبعة 2014 ص 12.11.

3. أ. مسابلي فتيحة . أدلة الإثبات الجزائي . موسوعة الفكر القانوني العدد السادس السنة 2004 ص 84

لذلك فإن البحث عن الحقيقة يقتضي أن يتوج بصدر حكم يكون عنوانا لها سواء كان بالإدانة أو بالبراءة مبنيا على اقتناع يقيني لصحة ما انتهى إليه من نتائج مستنبطة من الواقع و القانون وفق أصول ومبادئ و مناهج واحترام الحرية الشخصية للمتهم⁽¹⁾

و من الواضح أن إظهار الحقيقة يشكل انشغال رئيسي للمشرع الجزائري حيث ردد ذكر هذه العبارة مرارا في نصوص قانون الإجراءات الجزائية، فقد نصت المادة 01/68 منه " يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة، بالتحري عن أدلة الاتهام و أدلة النفي ".

كما ذهبت المادة 01/69 منه كذلك في نفس الاتجاه حيث نصت أنه يجوز لوكيل الجمهورية سواء في طلبه الافتتاحي لإجراء التحقيق أو بطلب إضافي في إيه مرحلة من مراحل التحقيق أن يطلب من القاضي المحقق كل إجراء يراه لازما لإظهار الحقيقة بالإضافة إلى أن القانون يمنح لرئيس محكمة الجنايات كامل السلطة في اتخاذ أي إجراء يراه مناسبا لإظهار الحقيقة⁽⁰²⁾

1. أ. سليمان عثمان ميلود - الطب الشرعي وحجته في الإثبات . الرسالة السابق الإشارة إليها ص 8-9.

2. المادة 02/286 من الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

المطلب الثاني : النظم الأساسية للإثبات الجزائي :

لقد سلكت نظرية الإثبات الجزائي في تطورها مسارا طويلا في اتجاه الانتقال من تقييد الإثبات بأدلة محددة وإضفاء قيمة معينة على كل منها إلى التخفيف التدريجي من تلك القيود و توسيع السلطة التقديرية للقاضي في تقييم الدليل، و هكذا تعاقب بوجه عام أربعة أنظمة للإثبات، النظام الأول عرف بنظام الأدلة القانونية، أما النظام الثاني فعرف بنظام الاقتناع الشخصي للقاضي، أو نظام الإثبات الحر و إليه تجنح الغالبية من التشريعات الجزائية المقارنة⁽¹⁾.

وأما النظام الثالث و هو النظام المختلط فجاء للتوفيق بين النظامين، فضلا عن بروز نظام جديد للإثبات هو نظام الأدلة العلمية الذي لا يزال يتأرجح بين الرفض و القبول بالمفهوم الذي يدعو إليه أنصاره بجعله يحل محل نظام الاقتناع الشخصي للقاضي⁽²⁾ و على هذا النحو سوف نتناول هذه الأنظمة الإثباتية بالدراسة دون أن ننسى موقف المشرع الجزائري منها و ذلك من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : نظام الأدلة القانونية :

في ظل هذا النظام المشرع هو من يتكفل بتحديد الأدلة و تقدير قيمتها الثبوتية مقدما و يلزم بها القاضي الذي يؤدي دورا سلبيا في هذا النظام لأن دوره يصبح ينحصر في تطبيق الأدلة المحددة من قبل المشرع على الوقائع المعروضة دون أي اجتهاد منه لذلك قيل أن القاضي في ظل هذا النظام يصبح مجرد بومبا يردد صوت العدالة حيث يتعين عليه عند تكوين عقيدته التقيد بالدليل المعد سلفا من طرف المشرع نوعا و قيمة،

1. د فؤاد عبد المنعم أحمد . البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة و القانون . بحث منشور في مؤلفة الموسم " بحوث في السياسة الشرعية و القضايا

المعاصرة . دار المطبوعات الجامعة الإسكندرية طبعة 2001 ص 359.

2. د/صفاء عادل سامي . حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي مرجع سابق ص 31

و من ثم لا يسمح في هذا النظام للقاضي بتكوين عقيدته بغير هذه الأدلة المحددة من طرف المشرع، و لو كان هو في نفسه متأكد من البراءة، و يصبح ملزم بالحكم بالبراءة عند عدم توفر الأدلة القانونية و لو ثبت لديه الاقتناع بالإدانة بأدلة أخرى غير تلك المحددة من طرف المشرع، فالقانون في هذا النظام هو الذي ينظم مسألة اليقين بقواعد محددة مسبقا⁽¹⁾

ويؤخذ علي هذا النظام أنه قد يباعد بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعية فهو لا يترك للقاضي أية سلطة تقديرية لذلك لا يمكن له إقامة الدليل على الواقع إلا بالطرق التي حددها القانون، وهذا يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة⁽²⁾، ورغم عيوب هذا النظام فإنه يوفر ضمانا للأبرياء وحماية لهم من مساوئ النظام التنقيبي الذي يسمح للقاضي بالبحث عن أدلة الإدانة بنفسه سرا دون أن يرخص للمتهم مناقشتها وفي ظل هذا النظام لا يرخص للقاضي الحكم بالإعدام إلا إذا توفر لديه دليلا من الأدلة الكافية .

ويجد هذا النظام تطبيقه في القانون المدني وفي إثبات جرائم الحدود في النظام الإسلامي ويسميه البعض بنظام اقتناع المشرع Certitude du législateur⁽³⁾

الفرع الثاني: نظام الأدلة الإقناعية (نظام الإثبات الحر)

يقصد بحرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه الذاتي (نظام الأدلة الأدبية أو حرية الأدلة) أن تكون له كامل الحرية في أن يستمد اقتناعه من أي دليل يطمئن إليه من الأدلة التي تقدم في الدعوى دون أن يتقيد في تكوين اقتناعه بدليل معين إلا إذا نص القانون على غير ذلك، فالقاعدة في الإثبات الجنائي أنه يجوز إثبات الجرائم بكافة الطرق.

وهناك أسباب عديدة تبرر الأخذ بمبدأ حرية الإثبات و الاقتناع القضائي منها ظهور الأدلة العلمية و تقدمها مثل تلك المستمدة من تحليل البصمة الوراثية والتي لا تقبل بطبيعتها إخضاع القاضي لأي قيود بشأنها، بل ينبغي أن يترك الأمر في تقديرها لمحض اقتناعه خاصة وأنها كثيرا ما تتضارب مع باقي أدلة الدعوى .

1. د/محمد لطفي عبد الفتاح - القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية . مرجع سابق ص31

2. د/محمد نصر محمد - أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة . مرجع سابق ص17

3. د/طارق إبراهيم الدسوقي عطية - البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2016 ص 448

فضلا عن احتمال تضارب آراء المختصين في شأنها⁽¹⁾

ويسرى هذا النظام أمام جميع أنواع القضاء الجزائي و هي محاكم المخالفات الجرح و الجنائيات⁽²⁾.

و إن كان القاضي في مادة الجنائيات غير ملزم بذكر في حيثيات حكمه الأدلة التي استند عليها لتكوين اقتناعه و لكنه في الجرح و المخالفات ملزم بذكر النصوص القانونية التي ركن إليها لتبرير إقتناعه، و لكن لإبراز أن تلك الأدلة قدمت في معرض المرافعات و حصلت مناقشتها حضوريا أمامه ، و أن ما توصل إليه القاضي كان مبنيًا على تحليل منطقي لا يشوبه تناقض و لا فساد في الاستدلال، واقتناع القاضي مرهون بشروط.

- الإحاطة بكل الأدلة المدرجة في ملف الدعوى و مناقشتها طبقا للقانون و عدم الاكتفاء بمناقشة بعضها فقط.

- أن يكون الدليل ضمن أوراق الدعوى و يطرح في جلسة المحاكمة وان يكون وليد إجراء صحيح.
- أن تكون الأدلة المعتمد عليها متساندة و متماسكة لا يشوبها خطأ في الاستدلال و لا تناقض.
- و أن يكون الحكم مبنيًا على الجرم و اليقين لا على الظن و الترجيح⁽³⁾ و لا يعني هذا النظام أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي أو يتحرى الحقيقة في غير موضوعية وحيدة و نزاهة بأن يختار من الأدلة المعروضة عليه في الجلسة ما يرتاح له و لو كان ذلك ينتهك مبدأ الحياد القضائي⁽⁴⁾.

1. د/ رؤوف عبيد . مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري . الطبعة الثالثة عشر . دار الفكر العربي 1978 ص 671.

2. د/ جميل عبد الباقي الصغير . أدلة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة . دار النهضة العربية 2002 ص 1514.

3. نجيمي جمال . إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي . دار هومة طبعة 2011 ص 7170.

4. أغليس بوزيد . تلازم مبدأ الإثبات الحر بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي . مرجع سابق ص 114.

الفرع الثالث: نظام الإثبات المختلط :

هذا النظام جاء محاولة للتوفيق بين النظام المقيد والنظام الحر في الإثبات لتجاوز ما وجه إلى نظام الإثبات الحر من خشية تعسف القاضي وانحرافه عن جادة الصواب وذلك بأن يحدد له القانون طرق الإثبات التي يلجأ إليها وكذلك ما وجه إلى نظام الإثبات المقيد الذي يحد من حرية القاضي في عملية الإثبات ويجعل دوره سلبياً⁽¹⁾ وفي هذا النظام يحدد المشرع أدلة معينة لإثبات بعض الجرائم دون البعض الآخر أو يشترط في الدليل شروط في بعض الأحوال أو يعطي للقاضي سلطة في تقدير الأدلة، ومن ناحية أخرى فقد أمكن الجمع بين النظامين من خلال تخصص كل نظام في مجال معين، حيث يطبق نظام الإثبات المقيد في المجال المدني ويعمل بنظام الإثبات الحر في المجالين الجزائي والتجاري⁽²⁾

الفرع الرابع : نظام الأدلة العلمية :

مما لا شك فيه أن العلاقة بين العلم و القانون هي علاقة تأثير وتأثر لذلك نتج عن التطور العلمي استحداث وسائل علمية حديثة سهلت في عملية البحث والكشف عن الجريمة وإثباتها باستعمال الأدلة العلمية المختلفة و التي سهلت في مجملها في إيجاد الصلة بين الجريمة والجاني وهي من أهم مقومات الإثبات الجنائي وتقليل فرص الخطأ القضائي لهذا أصبح السبيل إلى تحقيق العدالة المنشودة مرهون بالاستعانة بالتطور العلمي والتقدم التكنولوجي في مختلف المجالات ومنه اخذ رجال الفقه يطالبون بملاحقة التطورات التي أصابت العلاقات القانونية في الصميم ، الأمر الذي استلزم ليس فقط إعادة النظر في المبادئ القانونية المستقرة منذ قرون ، وإنما استحداث قواعد جديدة لتحكم التكنولوجيا الحديثة وهذا أمر طبيعي لأن الثورة العلمية التي ظهرت

1. د/محمد لطفي عبد الفتاح. القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية. مرجع ص 133

2. أ- نافع تكليف مجيد دفاى العماري. البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي الرسالة سابق الإشارة إليها ص 13

في العصر الحديث و التي امتدت إلى مختلف مناحي الحياة امتد إلى القانون ذاته وخاصة القانون الإجرائي وقانون الإثبات اللذان يعتبران أكثر القوانين استجابة لمقتضيات العصر⁽¹⁾ وهكذا بدأ أنصار المدرسة الوضعية وفي مقدمتهم الفقيه الإيطالي **Ferri** يتوقعون ظهور عصر جديد خاص بالإثبات العلمي ، ليحل محل نظام الإثبات الحر ، لذلك قيل أن التطور العلمي من شأنه أن يقضي على نظام لاقتناع الذاتي للقاضي ليحل محله الخبر (رجل العلم) الذي يصبح له القول الفصل في الدعوى الجزائية ، و يقوم النظام في صورته المطلقة على تسليم القاضي برأي الخبر.

ولقد أثار استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي سواء لدى الفقه أو القضاء جدلا صاخبا لكون استخدام هذه الوسائل العلمية يؤدي إلى المساس بمبدأ مشروعية الدليل وتقويض مبدأ البراءة بالإضافة إلى المساس بجسم الإنسان وكرامته ، لذلك ترددت التشريعات في تأطير هذه الأساليب العلمية والبصمة الوراثية⁽²⁾ باعتبارها من الوسائل العلمية الحديثة وبمجرد استعمالها أمام القضاء خاصة في أمريكا وبريطانيا كدليل علمي في تحديد هوية الأشخاص ثار بشأنها خلاف فقهي تمخض عنه ظهور نظرية "فراي" **FRYE** والتي مؤداها انه لا يمكن الاعتماد علي الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات إلا إذا كانت محل قبول عام من طرف المختصين⁽³⁾

1. Mari Angel grimaud : les enjeux de la recevabilité de la preuve par ADN dans le système de preuve penal canadien p317.

-Le principe dans l'arrêt « FRYE » « toute preuve base sur une nouvelle technique scientifique ne doit être admissible que s'il y'a acceptation par la communité scientifique qui l'utilise.

وهذا المبدأ تم ارساؤه بمناسبة جريمة قتل استعمل فيها جهاز كشف الكذب كوسيلة علمية حديثة في التحقيق

2. د/جميل عبد الباقي الصغير - أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة مرجع سابق ص04

3. د/محمد مروان - نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري مرجع سابق ص438 ومايليها

الفرع الخامس : موقف المشرع الجزائري:

من خلال استقراء الماد 212 من قانون الإجراءات الجزائية يظهر أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الإثبات الجنائي الحر من جهة و نظام الإثبات المقيد من جهة أخرى حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 212 « يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون علي خلاف ذلك وعلى القاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص » من خلال هذه المادة يظهر أن المشرع الجزائري نص علي مبدأين في الإثبات الجنائي، المبدأ الأول هو حرية الإثبات وذلك عندما قال « يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات » سواء بالاعتراف م 213 أو المحررات م 214 أو بالشهادة م 220 أو بالانتقال للمعينة م 235 أو غيرها من طرق الإثبات .

أما المبدأ الثاني الذي نص عليه المشرع الجزائري فيتمثل في مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي وذلك بقوله : « وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص ، أي يقوم القاضي بتقدير كل الأدلة المعروضة عليه التي تكون علي حد السواء ويصدر حكمه تبعا لاقتناعه الشخصي بأي دليل يطمئن إليه بشرط أن يطرح الدليل بالجلسة العلنية لمناقشته مناقشة شفوية وحضورية طبقا للفقرة الثانية من المادة 212 وأن يصل القاضي بالدليل مبلغ لجزم و اليقين »

ومن خلال هذين المبدأين نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الإثبات الحر أو المعنوي الذي يقوم علي إعطاء الخصوم و القاضي حرية الإثبات بأي طريقة من جهة ومن جهة أخرى يقوم علي إعطاء القاضي حرية أو سلطة في تقدير الدليل .

وأستثني المشرع في بعض الحالات الأخذ بنظام الإثبات الحر وتبنى نظام الإثبات المقيد لكونه تدخل وحدد طرق الإثبات الواجب اعتمادها في بعض الجرائم كجريمة الزنا التي ورد النص عليها في المادة 341 من قانون العقوبات التي حدد طرق إثباتها بالمحضر القضائي أو إقرار وارد في رسائل أو إقرار قضائي⁽¹⁾

1. أ/هام صالح خليفة - دور البصمات والآثار المادية الأخرى في الإثبات الجنائي مرجع سابق ص 31-32

وهكذا يكون المشرع الجزائري قد مزج بين نظم الإثبات المقيد أو القانوني الذي يقوم علي أساس أن المشرع يحدد مجموعة من الأدلة القانونية ويقيد فيها سلطة القاضي في تقديرها ونظام الإثبات الحر أو المعنوي الذي يقوم علي إعطاء الخصوم و القاضي حرية الإثبات بأي طريقة من جهة ومن جهة أخرى يقوم علي إعطاء القاضي الجنائي حرية أو سلطة في تقدير الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات .

و تجسيدا لهذا النهج قررت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2010/02/14 فصلا في الطعن رقم 530 382 و الذي جاء فيه : «حيث أن من المقرر قانونا في باب تقدير كفاية أو تمام أدلة الإثبات التي يستند عليها قضاة الموضوع في المادة الجزائية لتكوين اقتناعهم أن المسألة قد حسمها نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية التي أجازت إثبات الجرائم كقاعدة عامة بأي طريق من طرق الإثبات ما لم يوحد نص خاص مخالف وسمحت للقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه شريطة أن يبيّن قراره علي الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت مناقشاتها في الجلسة فمحكمة الموضوع لها كامل الصلاحية للموازنة بين الحجج وتقدير أدلة الدعوي والأخذ بما تطمئن إليه مادامت تستند علي أسباب سائغة تؤدي إلي النتيجة التي انتهت إليها .

وحيث يترتب علي ذلك أن ما يثيره الطاعن حول الشهادة الطبية (صادرة عن طبيب عادي أو طبيب شرعي) ومناقشة مضمونها هي مسائل تتعلق بالسلطة التقديرية التي أسندها المشرع لقضاة الموضوع دون رقيب عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا التي يقتصر دورها علي مراقبة تطبيق القانون فحسب وبالتالي فإن هذا الوجه بدوره غير سديد ويرفض وينجر علي ذلك رفض الطعن⁽¹⁾

1. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2010/02/04 فصلا في الطعن رقم 530382 مشار إليه في مرجع نخيمي جمال مرجع سابق ص 42 .

المطلب الثالث : القواعد العامة للإثبات الجزائي

ما دام أن الغاية المنشودة من الإثبات الجزائي هي إظهار الحقيقة القضائية وذلك من خلال الكشف عن الجريمة وظروفها وعناصرها وشخصية مرتكبيها.

وتحقيق هذه الغاية السامية تتم من خلال قواعد عامة تتمثل أساسا في : حرية القاضي في تكوين قناعته ووجوب الاستناد إلى أدلة صحيحة وعبء الإثبات وهذا ما سنتولى دراسته من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : حرية القاضي في تكوين قناعته :

أستقر مبدأ حرية القاضي في تكوين إقتناعه منذ منتصف القرن الثامن عشر حيث بدأ الفقهاء والفلاسفة يهاجمون نظام الأدلة القانونية فكان من نتيجة ذلك أن بدأ عشية الثورة الفرنسية المناداة بنظام الاقتناع الشخصي للقاضي حيث وافقت الجمعية التأسيسية الفرنسية على مشروع قانون يقضي بالأخذ بنظام المحلفين وشفافية المرافعات وعلنية الجلسات وحرية الاقتناع كما نوقشت نظم الإثبات واستقر الرأي على الأخذ بنظام الاقتناع الشخصي⁽¹⁾ ويقوم هذا النظام علي دعامتين أساسيتين.

الأولى: تكمن في الاختلاف بين القانونين المدني و الجنائي من حيث الإثبات، فبينما ينصب الإثبات في القانون المدني على أعمال قانونية يسهل على المشرع حصرها وبالتالي وضع قواعد إثبات مناسبة لها. فإن الإثبات الجنائي يتعلق بوقائع مادية ونفسية ، يصعب على المشرع حصرها مسبقا ووضع قواعد إثبات مسبقا لها ، لذلك يسود في الإثبات الجزائي مبدأ حرية اختيار وسائل الإثبات فلا وجود إذن لسلم أو بناء تدرجي كما هو معمول به في القانون المدني وحرية اختيار وسائل الإثبات يستفيد منها كل أطراف الخصومة الجزائية بدون استثناء⁽²⁾

1.أ. سليمان عثمان ميلود - حجية الطب الشرعي في الإثبات الجنائي الرسالة سابق الإشارة إليها ص 18

2.د/محمد مروان -المبادئ الأساسية التي تحكم الإثبات في المسائل الجنائية في قانون الإجراءات الجنائية الجزائري بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن منشورات الحلبي العدد الأول ص 2003.

الثانية : و تتمثل في حرية القاضي الجنائي في الاقتناع .

إن حرية القاضي في الاقتناع بالدليل المطروح عليه في جلسة المحاكمة تعني أن القاضي حر في تكوين عقيدته دون أن يكون عليه أي رقيب إلا ضميره، وان يطالب ببيان سبب اقتناعه بدليل دون آخر، غير أن حرية القاضي في الاقتناع ليست مطلقة من كل قيد بل ترد عليها بعض القيود الخاصة تتعلق بتسيب الحكم و التي تخضع لرقابة جهات الطعن و يكون من نتيجتها إهدار الدليل و ما يترتب عليه من بطلان في الحكم⁽¹⁾.

و ترد على مبدأ حرية الإثبات الجنائي استثناءات تتمثل في استبعاد كل طرق الإثبات التي طبقت في المجتمعات القديمة كالإثبات الإلهي و المبارزة القضائية، اليمين الحاسمة و المراسلة بين المتهم و محاميه و تسمى هذه الوسائل بوسائل الإثبات المبعدة، و هناك وسائل إثبات مفروضة كإثبات جريمة الزنا التي لا يمكن إثباتها إلا بالطرق التي ورد ذكرها في **المادة 341** من ق.ع و التي تتمثل إما في محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبطية القضائية عن حالة التلبس و إما بإقرار وارد في مستندات صادرة من المتهم و إما بإقرار قضائي، وإثبات جريمة السياقة في حالة سكر و التي لا يمكن إثباتها إلا بالخبرة أو الفحوص الطبية⁽²⁾.

ورغم المزايا التي يوفرها هذا المبدأ إلا انه لم يخلو من بعض العيوب كخروج القاضي عن الحياد و كذلك الإجراءات الأولية في هذا النظام لم تكن لها صفة الأعمال القضائية و هذا ما جعل الأدلة التي تجمع في هذه المرحلة محل شك⁽³⁾.

الفرع الثاني : وجوب الاستناد إلى أدلة صحيحة :

يقصد بهذه القاعدة وجوب أن يستمد القاضي اقتناعه بالإدانة من أدلة صحيحة و مشروعة .

1. أد/ مروت نصر الدين . محاضرات في الإثبات الجنائي . مرجع سابق ص 61-62 .

2. د/محمد مروان . البحث السابق الإشارة إليه ص 45. 47 .

3. أد/ مروت نصر الدين . مرجع سابق ص 63 .

و مبدأ مشروعة الدليل مستمد من المبدأ الدستوري احترام القانون الذي أصبح شعارا للدول الديمقراطية و هذا المبدأ يلزم كل من الحاكم و المحكوم باحترام القانون.

ورغم أن معظم الدول أقرت في تشريعاتها قاعدة شرعية الجرائم و العقوبات، لكن ذلك لم يعد كافيا وحده لحماية حرية الإنسان في حالة القبض عليه أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته لأن كل إجراء يتخذ ضد الإنسان دون افتراض براءته سيؤدي حتما إلى تكليفه إثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه، فإذا عجز عن إثبات هذه البراءة أعتبر مسؤولا عن جريمة لم يرتكبها، و يؤدي هذا الوضع إلى قصور الحماية التي يكفلها مبدأ الشرعية، لذلك كان من اللازم تدعيم هذه القاعدة (الشرعية) بقاعدة ثانية تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ ضد المتهم على نحو يضمن احترام الحقوق و الحريات الفردية و تسمى هذه القاعدة بالشرعية الإجرائية لذلك قال الدكتور محمد زكي عامر حول تلازم الشرعية الموضوعية و الشرعية الشكلية: "يتكون مبدأ الشرعية الجنائية من شقين يكمل بعضهما بعضا لا جريمة و لا عقوبة دون نص و لا عقوبة دون حكم قضائي صادر من محكمة مختصة وفق للقانون".

و أكثر ما تثار مسألة مشروعية و نزاهة الحصول على أدلة الإثبات يحدث بمناسبة تقديم تسجيلات صوتية أو تسجيلات فيديو تقوم بها جهة المتابعة أو يقوم بها الضحية، فيدفع المتهم برفضها واستبعادها على أساس أنها أنجزت دون علمه أو رضاه، و بذلك فهي تشكل خرقا لحرمة حياته الخاصة التي يحميها القانون.

ورغم أن المشرع لم يتدخل بصفة حاسمة للفصل في مختلف جوانب هذه المسألة بل جاءت النصوص بمعالجة جزئية للموضوع مما ترك المجال واسعا أمام الاجتهاد الفقهي و القضائي.

1. و قد نصت المواد 45-47-48 من دستور 96 على هذه القاعدة (الحرية الاجرائية) فال مادة 47 من الدستور تقول : لا يتابع احد و لا يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للإشكال التي نص عليها.

- الذي و من خلال اجتهاداته تمكن من وضع بعض الموجهات كاحترام كرامة الإنسان واحترام حياته الخاصة.

- التقيد باحترام القواعد الإجرائية من طرف المصالح العمومية.

- منع كل تصرف يشكل تشجيعا أو تحريضا على ارتكاب الجرم ثم استغلال الأدلة المحصلة من خلاله.

و السماح لمن يكون ضحية جرم أن يحضر ما يراه من أدلة في إطار حقه في الدفاع.

فلا يجوز مثلا الحصول على اعتراف المتهم بإخضاعه للإكراه و التعذيب أو إعطائه مواد مخدرة تجعله يقول ما يفترض أنه الحقيقة أو استعمال جهاز كشف الكذب عن طريق الذبذبات الكهربائية أو التعدي على حرمت الأشخاص كالتصنت على المكالمات أو التفتيش غير المأذون بهما، أو تسجيل الصور خلصة أو فتح الرسائل أو استدراج المتهم و تحريضه على ارتكاب الجرم.

أي يجب ألا يكون الحصول على الدليل قد تم بارتكاب جريمة أو بمخالفة القواعد الإجرائية أو باستعمال حيل و خدع تؤثر في مجرى الأحداث لأن الخصومة الجنائية تقوم على ضمان حرية المتهم لا على مجرد إثبات سلطة الدولة في العقاب، و تكريس مبدأ مشروعية الدليل يقتضي إجراء موازنة بين حماية المجتمع من الإجرام و حماية حقوق الأفراد الأساسية و حرياتهم الشخصية، لذلك نجد الفقه منقسم بشأن هذا الموضوع إلى فريقين :

- فريق مناصر لتقييد حرية تقديم الدليل و الفريق المؤيد لحرية الإثبات الجنائي، فبينما يرى أنصار الاتجاه الأول و هم الذين يغلبون حقوق الدفاع على كشف الحقيقة بأنه لا يجوز السماح بتقلص أدلة يكون الحصول عليها قد تم بأساليب غير نزيهة أو عن طريق الغش أو بطرق غير شرعية و غير قانونية.

أما أنصار الاتجاه الثاني الداعي لفتح باب الإثبات الجنائي على مصرعيه فهم الذين يضعون كشف الحقيقة فوق كل اعتبار فهم يرون أن المشرع قد وضع المبدأ العام القاضي بحرية الإثبات في المادة الجزائية، و قرر بموجبه أنه يجوز إثبات الجرائم كقاعدة عامة بكل طرق الإثبات ماعدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك.

و أن يصدر القاضي حكمه بناء على اقتناعه الخاص بشرط واحد و هو أن تقدم الأدلة في معرض المرافعات وأن تتم مناقشتها وجاهايا أمامه، فالمشرع لم يستثنى في الحصول على الأدلة طرق دون أخرى، كما أنه لم يطلب من القاضي إلزام الأطراف بكشف الطرق التي تمكنوا من خلالها الحصول على الأدلة التي يقدمونها وبالتالي إذا قدم الشاكي شريط تسجيل مكاملة هاتفية صادرة عن خصمه أو شريط فيديو يسجل تصرفات خصمه فليس من حق القاضي حسب أصحاب هذا الرأي أن يرفضها بحجة أن الحصول عليها كان بطرق غير نزيهة أو غير شرعية، بل عليه أن يطرحها على بساط البحث و المناقشة ثم ينزلها المنزلة التي ترى حسبما تحدته في وجدانه من أثر.

و هذا الرأي لا يجادل في بطلان الإجراءات المتبعة من طرف جهة المتابعة إذا كانت مخالفة للقانون فهو يفرق بين تقديم الدليل من الضحية باعتباره عملا ماديا يخضع للمناقشة و التقدير القضائي، و بين الإجراءات التي تقوم بها جهة المتابعة من الضبطية القضائية و النيابة العامة و قاضي التحقيق التي يتعين عليها احترام القانون في الحصول على الأدلة لأن مخالفته تعرض الإجراء و ما ينجم عنه للبطلان⁽¹⁾.

و قد كان لهذا الجدل تأثيره الواضح في التشريعات المقارنة التي سعت إلى التوفيق بين الأمرين دون تغليب جانب على آخر، لذلك أجازت هذه القوانين المساس بالحرية الشخصية في حدود معينة من أجل الوصول إلى كشف الحقيقة، لكنها أحاطت هذا المساس بضمانات معينة.

1. نجيمي جمال - اثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي - مرجع سابق ص 83

حتى لا يتغلب جانب سلطة العقاب على جانب احترام الحرية⁽¹⁾

- و هكذا يظهر جليا أن مبدأ شرعية الدليل يمثل قيда على مبدأ حرية الإثبات ، و مقتضى هذا المبدأ أنه لا يكفي التطبيق الحر في القانون كما عبر ذلك الأستاذ ليوني (leauté) ما لم تحرمه النصوص صراحة، لذلك يجب على المحققين و القضاة أن يمتثلوا أثناء جمع أدلة الإثبات ليس إلى القواعد القانونية الجزائية المنظمة لكل وسيلة بحسب طبيعتها فحسب بل عليهم أن يراعوا كذلك قواعد النزاهة (La loyauté) لأن النزاهة مسألة تطفو فوق الشرعية و ترتبط بالقيم و بدرجة التمدن و تركز على اعتبارات العدالة و الإنصاف و كرامة القضاء وهيبته.

و القيود التي ترد على مبدأ حرية الإثبات و التي أملتتها اعتبارات ترتبط بمفهوم النزاهة و المشروعية على المستوى الإجرائي تتسم بعموميتها لكونها تطبق على كل الجرائم و في كل مراحل الدعوى و أمام كل الجهات القضائية⁽²⁾.

الفرع الثالث : عبء الإثبات في المواد الجزائية :

يقصد بعبء الإثبات تكليف المدعي بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه و يسمى التكليف بالإثبات عبئا لأنه حمل ثقل ينوء به من يلقي عليه و إنما كان التكليف بالإثبات أمرا ثقيلا لأن من كلف به قد لا يكون مالكا للوسائل التي يتمكن بها من إقناع القاضي بصدق ما يدعيه و يرجع الأساس الفلسفي لهذه القاعدة إلى احترام الوضع الظاهر و براءة الذمة⁽³⁾.

فعبء الإثبات و هو ما يعرف بالفرنسية **la charge de la preuve** و يعرف بالإنجليزية ب **the bur den of proof** و هو جمع الأدلة و تقديمها.

1. المستشار الدكتور . فتحي محمد انور عزت . الخبرة في الإثبات . دار النهضة العربية الطبعة الأولى 2007 ص 511.

2. الاستاذ محمد مروان نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري مرجع سابق ص 418 . 419.

3. د/العربي الشحط عبد القادر و الأستاذ نبيل صقر موسوعة الفكر القانوني . مرجع سابق ص 58

و تضطلع بهذه المهمة في المجال الجنائي مصالح عمومية تتمثل في الضبطية القضائية و قاضي التحقيق و النيابة و غرفة الاتهام . و ذلك انطلاقا من قرينة البراءة التي تفيد بأن الشخص يعتبر بريئا كأصل عام و على من يدعي خلاف الظاهر أن يثبت العكس .

لكون هذه المصالح لا تحركها دوافع الانتقام أو الأخذ بالتأثر بل هدفها تحقيق العدل فذلك يستدعي أن هذه الجهات تبحث عن الأدلة إثباتا و نفيا لأنه ليس من مصلحة المجتمع أن يدان بريء.

و يقتضي عبء الإثبات الملقى على جهة المتابعة قيام هذه الأخيرة بإثبات مختلف أركان الجريمة.

إثبات الركن الشرعي: و تلتزم جهة المتابعة بإثبات هذا الركن من خلال إثبات النص القانوني الناص على الجريمة محل المتابعة و أنه مازال ساري المفعول و تحدده بداية عند انطلاق المتابعة سواء في الطلب الافتتاحي أو في التكليف بالحضور و تؤكد عند الإحالة على المحكمة.

وإذا أثار المتهم سببا من أسباب الإباحة مثل الدفاع الشرعي (م39-40 ق ع) أو أثار مانعا من موانع المسؤولية الجزائية كحالة الجنون (م47 ق.ع) أو اضطرت به إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها (م48) فعليه أن يثبت ما يدعيه أو على الأقل تقديم العناصر الضرورية لجهة التحقيق أو الحكم حتى تقيم تلك المزايع، و كذلك الأمر إذا أثار عذرا من الأعذار القانونية المعفية أو المخففة تكون جهة الحكم ملزمة بمناقشة هذا الدفع و الإجابة عنه فإذا لم تفعل فإنها تشوب قضاؤها بالقصور في التعليل مما يؤدي إلى نقضه و هو ما قصت به الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984.05.29 .

إثبات الركن المادي : إن إثبات الركن المادي للجرم سواء كان فعلا ايجابيا أو امتناعا أو شروعا أو اشتراكا يقع على عاتق جهة المتابعة التي يتعين عليها أن تقدم الدليل بأن هذا الفعل أو الامتناع موجود و بأن الشخص المتابع هو من قام به، وفي الجرائم غير العمدية يتعين عليها إثبات الرعونة أو عدم الاحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة الأنظمة.

لكنه و في بعض الأحيان يتدخل المشرع لتسهيل مهمة جهة المتابعة في الإثبات و ذلك بأن يعطي لبعض المحاضر قوة إثبات تلقائية بحيث لا يمكن استبعاد ما تضمنه إلا بالطعن فيها بالتزوير (مثل محاضر المعانيات المادية للجمارك و محاضر المخالفات المشتبه للمخالفات)

كما قد يتدخل المشرع و يضع قرينة يتم بموجبها نقل عبء الإثبات ليضعه على عاتق المتهم مثل المادة 331 ق.ع التي تجرم و تعاقب على عدم دفع النفقة فهي تفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت المتهم عكس ذلك بقولها : يعاقب ب (.....) كل من أمتنع عمدا و لمدة تتجاوز الشهرين(2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لا عالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم ، و يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس .

إثبات الركن المعنوي : و الركن المعنوي هو علم الجاني بارتكاب الفعل المجرم و اتجاه إرادته إلى ذلك كان يحمل قضيبا وينهال به ضربا على الضحية، فالجاني في مثل هذا المثال يقوم بفعل و هو مدرك لما يفعل و ذلك هو القصد العام و قد يشترط القانون إلى جانب ذلك قصدا خاصا في بعض الجرائم و هو أن يقصد الجاني نتيجة بذاتها و ذلك مثل ارتكاب جناية التعذيب من أجل الحصول على اعترافات أو معلومات أو لأي سبب آخر حسب نص المادة 236 مكرر 2 من قانون العقوبات أو أن يكون الاختلاس أو التبيد في جنحة خيانة الأمانة بسوء نية وفقا لنص المادة 376 من قانون العقوبات.

ففي مثل هذه الجرائم يتعين على جهة المتابعة إثبات إلى جانب القصد العام القصد الخاص، و في بعض المخالفات البسيطة لا يتطلب المشرع إلا إثبات ركنها المادي دون اعتبار للركن المعنوي، و يسميها البعض بالجرائم المادية مثل مخالفة عدم وضع حزام الأمن، و تقدير توافر القصد الجنائي من عدمه مسألة وقائع يختص بتقديرها قضاة الموضوع.

و في بعض الأحيان يتدخل المشرع لوضع قرائن قانونية تعفي جهة المتابعة من إثبات القصد الجنائي، فإن كانت القرينة قاطعة فإنه لا يقبل من المتهم إثبات عكسها و مثالها ما نصت عليه المادة 303 من قانون جمارك "يعتبر مسؤولا عن الغش كل شخص يحوز بضائع محل غش"،⁽¹⁾ و المقصود بالحياسة كما أشار إليه الدكتور أحسن بوسقيعة "هو مجرد الإحراز المادي الذي يتحقق بمجرد السيطرة المادية على الشيء محل الغش دون أية حاجة للبحث عن توافر الركن المعنوي أي نية خاصة تتطلبها الحياسة المدنية"⁽²⁾.

أما اذا كانت القرينة بسيطة فيجوز للمتهم اثبات عكسها بكل و سائل الإثبات.

و يجب للإشارة إلى أن سلطة المتابعة و لكونها ليست مجرد مدعي عادي بل هي مدعي ممتاز بالنظر لما تتمتع من صلاحيات و امتيازات ، فإن دورها لا يقتصر فقط في متابعة المتهم لتوقيع العقاب عليه و تخليص المجتمع من شروره، بل يهتمها أيضا حماية براءته و لذلك يجب عليها جمع عناصر الإثبات التي في صالح المتهم إذا ظهرت لها و تقديمها للقضاء باعتبارها نائبة عن المجتمع يهتمها براءة البريء كما يهتمها إثبات إدانة المدان.⁽³⁾

1. نجيمي جمال . المرجع السابق ص 49 . 58.

2. د/أحسن بوسقيعة . المنازعات الجمركية . دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر طبعة 2009 ص 24 .

3. أ/محمد أحمد غانم . الجوانب الشرعية و القانونية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية مرجع سابق ص 200 .

المبحث الثاني : ماهية الأدلة الجنائية و تمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها تقسيماتها

و أنواعها

رغم أن القواعد الخاصة بالإثبات و الأدلة لا تتعلق فقط بمرحلة التحقيق الابتدائي بل تتعداه إلى مرحلة المحاكمة فان غالبية الفقه المقارن درج على تناول أدلة الإثبات عند تعرضه لإجراءات التحقيق الابتدائي التي تسبق تحريك الدعوى العمومية متأثرا في منهجه هذا بتقنين الإجراءات الجزائية الذي ينص على معظم أدلة الإثبات ضمن مرحلة التحقيق الابتدائي و هذا المنهج منتقد لأنه ينحاز إلى مرحلة من مراحل الدعوى العمومية على حساب مرحلة أخرى ، و لذلك يستحسن توزيع دراسة أدلة الإثبات على المرحلتين .

و لكون الدليل الجنائي يمثل أساس الإثبات ، أي إثبات وقوع الجريمة أو عدم وقوعها و تزداد أهمية الدليل لكون القاضي الجنائي لا يكتفي بما يقدمه له الخصوم من دفع و أدلة بل يسعى من جانبه الحصول على الدليل و فحصه و تقديره و تزداد أهمية الدليل لأن جمعه هو من المشاكل الرئيسية في الخصومة الجنائية لأنه بدون له ثبت الجريمة و لن تسند إلى متهم و لا يطبق قانون العقوبات ، و تضاعفت أهمية الدليل وفقا للسياسة الجنائية الحديثة التي تهدف إلى تفريد العقاب وفقا لشخصية المتهم فيتعين توافر هذا الدليل و ذلك بقصد تحديد ملامح شخصية المتهم و مدى خطورته الإجرامية لذلك فهو (أي دليل) يفيد في التقدير القانوني للجريمة من حيث ارتكابها و نسبتها إلى المتهم و من حيث ظروفه الشخصية و خطورته الإجرامية من أجل تفريد العقاب لذلك و لكل هذه الأهمية التي يكتسبها الدليل الجنائي سنتناوله في هذا المبحث من حيث ماهيته و تمييزه عن المصطلحات المشابهة له و تقسيماته المختلفة و ذلك من خلال ثلاث مطالب .⁽¹⁾

1.أ.د / مروك نصر الدين ,محاضرات في الإثبات الجنائي - ج2 أدلة الإثبات الجنائي دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع - الجزائر طبعة 2014 ص 01

المطلب الأول : ماهية الأدلة الجنائية : تقتضي ضرورات البحث في ماهية الأدلة الجنائية التعرض في هذا المطلب الذي قسمناه إلى ثلاثة فروع إلى تعريفه في اللغة و الشرع و القانون .

الفرع الأول : تعريف الدليل لغة

و يقصد بالدليل في اللغة ما يستدل به و يقال أدل و فلان يدل فلان و الدليل يعني المرشد و دليل مفرد و الجمع أدلة⁽⁰¹⁾ و قد جاء في القرآن معناه بقوله تعالى : " ألم تر إلى ربك كيف مد الظل و لو شاء لجعله ساكنا ثم جعلنا الشمس عليه دليلا"⁽²⁾.

الفرع الثاني : تعريف الدليل شرعا

هو ما يلزم به العلم بشيء آخر , فإذا أعلم المدعي القاضي بحجته على دعواه علم على من علم القاضي بتلك الحجة مع اقتناعه و علمه بصدق المدعي فيما أدعاه و الحكم له به⁽⁰³⁾ أي هو كل ما يمكن التوصل به إلى معرفة الحقيقة , فمعرفة تؤدي إلى معرفة أمر من شأنه ذلك أن يكون هناك ترابط بين الأمرين بحيث يكون العلم بأحدهما قائدا للعلم بالأمر الآخر , و هو غاية المحقق أو السلطة القائمة في التحقيق⁽⁰⁴⁾.

الفرع الثالث : تعريف الدليل قانونا

تعددت التعريفات التي قيلت في الدليل: فعرف بأنه الوسيلة المبحوث عنها في التحقيقات بغرض إثبات صحة واقعة الجريمة أو ظرف من ظروفها المادية أو الشخصية⁽⁰⁵⁾ و قيل بأن الدليل هو الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على إثبات اقتناعه بالحكم الذي ينتهي إليه⁽⁰⁶⁾ و هو التعريف الراجح لدى الفقه و علة ترجيح هذا التعريف ترجع الى مرحلة الحكم التي تعتبر المرحلة الحاسمة في الدعوى الجنائية حيث تفصل بين مرحلتى الإدانة و البراءة و ذلك إما بتحقيق حالة اليقين لدى القاضي فيحكم بالإدانة أو ترجيح موقف الشك لديه فيحكم بالبراءة و الفيصل في ذلك كله هو الدليل الجنائي .

1. د/ محمد حماد مرهج الهيتي . الأدلة الجنائية المادية . دار الكتب القانونية مصر - الإمارات دار شتات للنشر و البرقيات مصر - الإمارات طبعة 2014 ص 25

2. سورة الفرقان الآية 45

3. د/ محمد حماد مرهج الهيتي مرجع سابق ص 25

4. أ د /مروك نصر الدين محاضرات في الإثبات الجنائي ج 2 مرجع سابق ص 7

5. التعريف القانوني للدليل قال به الدكتور حمدي جاسم مشار إليه في مقال الأستاذة مسايلى فتيحة بعنوان الأدلة

الجنائية منشور بمجلة موسوعة الفكر القانوني العدد السادس سنة 2004 ص 83

6. د / العربي الشحط عبد القادر و الأستاذ نبيل صقر موسوعة الفكر القانوني - الإثبات في المواد الجنائية المرجع السابق ص 15

و عرفه قضاة المحكمة العليا بمايلي : الدليل هو البينة أو الحجة التي يستمد منها القاضي البرهان على اقتناعه بالحكم الذي يصدره و قد يكون الدليل مباشرا كالاقرار و شهادة الشهود و تقرير الخبرة أو غير مباشر كالقرائن⁽¹⁾

و قبل الشروع في تمييز الأدلة الجنائية عن بعض المصطلحات المشابهة لها و تقسيماتها المختلفة و أنواعها ينبغي الإشارة أن الأدلة الجنائية غير محددة على سبيل الحصر و هذا أمر تقتضيه حرية الإثبات و حرية القاضي في تكوين عقيدته و عدم التحديد للأدلة يعني من وجهة نظر أخرى أن الأدلة الجنائية تستقر في ضمير القاضي إذا له أن يكون عقيدته من أي دليل و يتخذ من كل ظرف دليلا على براءة أو إدانة المتهم طالما كان ذلك الظرف أو الدليل قد تم طرحه في معرض المرافعات بالجلسة و خضع للمناقشة و التقدير . و يرجع عدم تحديد الأدلة الجنائية من الوجهة التشريعية أن المشرع لم يرغب في تقييدها بنصوص تفترض شكلية خاصة كما هو الشأن في الأدلة المدنية كوجوب توفر الأدلة الكتابية أو الإقرار لإثبات بعض التصرفات القانونية ، ذلك أن المجرم سوف يسعى جاهدا إلى طمس كل الأدلة التي يمكن الاستناد إليها في إدانته إذا كان المشرع قد حددها سلفا . كما أن الجريمة و الأسلوب الذي ستنفذ به لا يمكن التنبؤ بوقت وقوعها أو بكيفية ارتكابها لكل ذلك اقتضت المصلحة عدم تحديد وسائل إثبات الجرائم كمبدأ العام⁽²⁾

المطلب الثاني : تمييز الأدلة الجنائية عن بعض المصطلحات المشابهة لها

بعد تعريفنا للدليل الجنائي نحاول في هذا المطلب الذي قسمناه إلى ثلاثة فروع التمييز بين الدليل الجنائي و الإثبات و التمييز بين الدليل الجنائي ووسائل الاستدلال و التمييز أخيرا بين الدليل الجنائي و وسيلة الوصول إليه .

01- أ د /مروك نصر الدين محاضرات في الإثبات الجنائي ج 2 . مرجع سابق ص 08

02- محمد حماد مرهج المهني مرجع سابق ص 30

الفرع الأول : التمييز بين الدليل الجنائي و الإثبات :

التمييز بين الدليل الجنائي و الإثبات يقتضي الإجابة عن السؤال التالي: هل كلمة دليل مرادفة لكلمة إثبات؟ أم أن لكل منهما مدلول خاص به ؟ للإجابة عن هذا السؤال نقول : أن الفقه دأب على استخدام كلمة إثبات للتعبير بها عن الدليل و كلمة دليل للتعبير بها عن الإثبات بحيث يبدو و كأنهما كلمتان مترادفتان، لكنه و رغم الصلة الوثيقة بين الإثبات و الدليل إلا انه لا يمكن وجود تطابق بينهما.

ذلك لأن كلمة إثبات بالمعنى العام يمكن أن تطلق على كل المراحل التي تمر بها العملية الإثباتية بدءاً بمرحلة جمع عناصر التحقيق و الدعوة تمهيداً بتقديمها لسلطة التحقيق الابتدائي بحث إذا أسفر هذا التحقيق عن دليل أو أدلة ترجح معها إدانة المتهم قدمته للمحكمة و المحكمة إذا اقتنعت بتوافر دليل أو أدلة بإدانة المتهم، إدانته و إلا حكمت ببراءته و من ثم شاع القول بأن الإثبات هو التنقيب عن الدليل و تقديمه و تقديره لاستخلاص السند القانوني للفصل في الدعوى.

أما الدليل فهو الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على إثبات اقتناعه بالحكم الذي ينتهي إليه و بعبارة أخرى هو ثمرة الإثبات و في هذا المعنى يبدو أن نطاق كلمة الإثبات أوسع من أن تنحصر في مجرد كلمة دليل، فكلمة إثبات أعم من كلمة دليل و بالتالي يكون لكل من الكلمتين مدلولها الخاص بها.⁽¹⁾

و يلاحظ أن كلمة إثبات فكرة مركبة لاحتماها أكثر من وجه فقد ينظر إليها من خلال النتيجة التي أسفرت عنها le résultat du démonstration كما قد ينظر إليه من خلال اليقين القضائي الذي انتهى البحث به من خلال وسائل الإثبات التي يتوصل إليها أطراف الدعوى التدليل على حقيقة الواقعة .les moyens de démonstration

و أخيراً يمكن النظر إليه من خلال إقامة الدليل و تقديمه و نسبته إلى المتهم .

1- للتمييز بين الدليل و الإثبات راجع كل من : د/ مارك نصر الدين محاضرات في الإثبات الجنائي الجزء الثاني ص 09 و د/ العربي الشحط و نبيل صقر المرجع السابق ص 16.

و لهذا يرحح بعض الشراح إعطاء الإثبات معنى واسعا بحيث يشمل البحث عن الأدلة و إقامتها أمام القضاء و تقديرها من جانبه لتحديد ما هو لازم و ما هو جائز و ما هو محظور في ذلك كله و بعبارة موجزة الإثبات هو التنقيب عن الأدلة و تقديمها و تقديرها .

و هكذا يظهر جليا أن الإثبات الجنائي أوسع و أشمل من الدليل لان تقديم الدليل ما هي إلا مرحلة من مراحل الإثبات التي تسبقها مرحلة التنقيب عن الدليل و البحث عنه و تليها مرحلة تقدير القضاء للدليل و الحكم بمقتضاه عند اقتناعه به أو طرحه جانبا عند عدم اقتناعه .

و هذا المعنى هو الذي يتفق مع ذاتيه البحث الجنائي , حيث تتميز الدعوى الجنائية بمرحلة التحقيق الابتدائي و هي مرحلة مخصصة للبحث عن الأدلة التي تفيد في كشف الحقيقة , كما أن لرجال الضبطية القضائية و لسلطة التحقيق و القضاء الحكم كل في الحدود التي يقرها القانون , السلطة في اتخاذ عدد من الإجراءات التي تسمح لهم بالبحث عن الأدلة و ضبط دلالتها .⁽¹⁾

الفرع الثاني : تمييز الدليل الجنائي عن وسائل الاستدلال

لكون الإدانة لا تبنى إلا على أدلة قاطعة تحقق الجرم و اليقين في وجدان القاضي و هذا يعني أنه لا يجوز أن تبنى الإدانة على إجراءات الاستدلال و إن كانت هذه الأخيرة يمكن أن تدعم الأدلة القائمة بالفعل و مرجع ذلك أنه لا يتوافر في وسائل الاستدلال ضمانات و الشروط التي يتطلبها القانون في الدليل الجنائي , كما أن السلطة المختصة بالاستدلال لا تتوفر على الخبرة و الضمانات التي تتوافر عادة للمحقق و التي تقتضيها حماية حقوق الأفراد و كفالة التطبيق السليم للقانون إذا أنهم عادة من رجال الشرطة الذين عادة ما يسيئون الظن بالمتهم و تحكمهم نزعة مطاردة المجرمين لذلك يرححون إعتبارات الكشف عن المجرم على ضمانات الحرية الفردية .

و أهمية التفرقة بين مفهوم الدليل بالمعنى القانوني و وسائل الاستدلال ترجع إلى أن القانون يشترط في الدليل أن يكون الحصول عليه وفقا لأوضاع معينة لا يستلزمها الاستدلال و المقصود من الاستدلال جمع المعلومات بخصوص واقعة إجرام حدثت و ذلك من أجل مساعدة سلطة التحقيق على اتخاذ قرارها سواء بتحريك الدعوى أو بحفظها . و على ذلك يمكن القول بأن بداية تكوين الدليل لا تبدأ الا مع مرحلة التحقيق الابتدائي و لا يكتمل هذا الدليل إلا في مرحلة المحاكمة و بعد استيفاء الشروط القانونية المطلوبة⁽²⁾.

1. د / ابو الوفا محمد ابو الوفا إبراهيم . مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي البحث السابق الإشارة إليه ص 663 .

2. في التمييز بين الدليل الجنائي و وسائل الاستدلال راجع كل من: د/ العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر

المرجع السابق ص 18-19 و الاستاذة مسايلى فتحيه المقال السابق الإشارة إليه ص 85 .

و على سبيل المثال تنص المادة 17 من قانون الإجراءات الجزائية : "يأشر ضابط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و 13 و يتلقون الشكاوى و البلاغات و يقومون بجمع الاستدلالات و إجراء التحقيقات الابتدائية" .

عند مباشرة التحقيقات و تنفيذ الانابات القضائية لا يجوز لضابط الشرطة القضائية طلب أو تلقي أوامر أو تعليمات إلا من الجهة القضائية التي يتبعونها و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 28 و يمكن لضابط الشرطة القضائية بناء على رخصة من النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا أن يطلبوا من أي عنوان أو لبيان أو سند إعلامي نشر إشعارات أو أوصاف أو صور تخص أشخاصا يجري البحث عنهم أو متابعتهم لارتكابهم جرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية (م3/17).

و في حالة الجرم المشهود سواء كان جنائية أو جنحة فإنهم يمارسون السلطات المخولة لهم بمقتضى المادة 42 و ما يليها . و لهم الحق أن يلجئوا مباشرة إلى طلب مساعدة القوة العمومية في تنفيذ مهمتهم .

و لا يجوز لهم تحليل الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا . خيف أن لا يستطاع فيما بعد سماع يمين . و من هذه النصوص يتضح أنه يحق لأعوان الضبط القضائي و الشرطة القضائية إجراء المعاينات لكن المعاينة في هذا الغرض لا تعد من إجراءات التحقيق و بالتالي لا يتمخض عنها دليل بالمعنى الدقيق إنما مجرد استدلال .

أما المعاينة كإجراء تحقيق فقد نصت عليها المادة 49 من قانون الإجراءات الجزائية : إذا اقتضى الأمر إجراء معاينات لا يمكن تأخيرها فلضابط الشرطة القضائية أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك , كذلك يجوز لضابط الشرطة القضائية منع أي شخص من مبارحة مكان الجريمة ريثما ينتهي من إجراء تحرياته .

و على كل شخص يبدو له ضروريا في مجرى استدلالاته القضائية التعرف على هويته أو التحقق من شخصيته أن يمثل له في كل ما يطلبه من إجراءات في هذا الخصوص لضابط الشرطة القضائية سماع أقوال من لديهم معلومات

للاطلاع على مهام مأموري الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات يرجى الرجوع إلى المواد 12 و ما يليها من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 155-56 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل و المتمم .

عن الجريمة و مرتكبيها لكن لا يجوز لهم تحليف الشهود والخبراء اليمين و ذلك لأن اليمين تجعل الشهادة ترقى إلى مرتبة الدليل الجزائي الذي تعول عليه المحكمة في حين أنه ليس من شأن مرحلة الاستدلال أن تنتج هذا الدليل ومع ذلك أجاز القانون تحليف الشاهد أو الخبير اليمين إذا خيف أن لا يستطيع فيما بعد سماع الشهادة بيمين و في هذه الحالة يعتبر الضبط القضائي قائما بعمل من أعمال التحقيق و هكذا يبدو أن التفرقة بين الدليل و الاستدلال لا ترجع إلى السلطة التي تفحص كلا منها فعوض النيابة قد يتخذ إجراء ينتج عنه استدلال ليس إلا بل أن إجراء التحقيق الابتدائي كسماع شاهد إثبات بعد حلف اليمين لا يسفر عن دليل قطعي بل يتعين على المحكمة أن تعيد سماع الشاهد تطبيقاً لمبدأ شفوية المرافعة حتى يسوغ لها الاستناد على أقوال الشاهد كدليل إلا في حالات استثنائية يجوز فيها الاستعاضة عن سماع الشاهد بتلاوة أقواله فالأصل أن الدليل هو الذي تستخلصه المحكمة من التحقيق النهائي الذي تجريه في الجلسة.

و مرحلة الاستدلال تعد بمثابة تحضير للتحقيق و بعض إجراءات التحقيق لا يكون صحيحاً إلا إذا سبقته استدلالات فالتفتيش لا يجري أو يؤذن به إلا بناء على تحريات جدية بوقوع جناية أو جنحة و نسبتها إلى شخص معين مع احتمال وجود فائدة من تفتيش الشخص أو منزله في كشف الحقيقة و يمكن القول أن التفرقة بين الاستدلال و الدليل ترجع أساساً إلى أن القانون يشترط في الدليل أن يكون الحصول عليه وفقاً لأوضاع معينة لا يستلزمها في الاستدلال⁽⁰¹⁾

و يخلص لنا مما تقدم أن الدليل الجنائي يختلف عن وسائل الاستدلال من عدة أوجه , فإجراءات الاستدلال موكولة لمأموري الضبط القضائي الذين يعملون و يكونون في هذا المجال تحت رقابة و إشراف جهاز التحقيق و مرحلة الاستدلال تعتبر مرحلة تحضير لمرحلة التحقيق لذلك فإن ما سيتمخض عن هذه المرحلة لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة الدليل لأن الدليل بالمفهوم القانوني له يبدأ تكوينه في مرحلة التحقيق الابتدائي التي تلي مرحلة جمع الاستدلالات و لا يكتمل هذا الدليل إلا في مرحلة المحاكمة و ذلك بعد طرحه و مناقشته بالجلسة و تمحيصه و تقديره من طرف المحكمة .

1- محمد احمد غانم . الجوانب الشرعية و القانونية للإثبات الجنائي بالبصمة الوراثية مرجع سابق ص 107 - 108

الفرع الثالث : التمييز بين الدليل الجنائي و وسيلة الوصول إليه

و يجب التمييز بين مضمون الدليل المتمثل في الواقعة التي تصل إلى علم القاضي (السرقة أو القتل) و بين الوسيلة التي عن طريقها وصلت تلك الواقعة إلى علمه . و بالنسبة لشكل الوسيلة فقد نجد أن بعض الوسائل تنقل الواقعة مضمون الدليل إلى علم القاضي عن طريق إدراكه الشخصي كما هو الشأن في المعاينة و قد نجد وسائل أخرى بمقتضاها تنقل الواقعة إلى علمه عن طريق شخص آخر كما هو الشأن في شهادة الشهود أو في تقرير الخبير ، كما تبدو أهمية التمييز بينهما في حالة الحكم الصادر بالإدانة إذ من الثابت فقها و قضاء أن الإدانة لا تبنى إلا على أدلة قاطعة تحقق الجرم و اليقين في نفس القاضي و بناء على ذلك فانه لا يجوز أن تبنى الإدانة على مجرد استدلال . فالمادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية تنص : " لا تعتبر المحاضر و التقارير المثبتة للجنايات و الجنح إلا مجرد استدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

و هكذا لا يمكن للقاضي أن يعتمد عليها وحدها كسند لحكمه و إن كان يمكن التعويل عليها في مؤازرة الأدلة القائمة بالفعل . و تحليل ذلك كما سبقت الإشارة إليه أن وسائل الاستدلال تنعدم للضمانات والشروط التي يتطلبها القانون في الدليل الجنائي هذا من جهة و من جهة أخرى فان السلطة المختصة بالاستدلال لا يتوافر لديها الخبرة و الضمانات التي تتوافر لدى المحقق و التي تقتضيها حماية حقوق الأفراد الأساسية و ضمان التطبيق السليم للقانون لأنهم عادة من رجال الشرطة أو الدرك الوطني و الذين يسيؤون الظن بالمتهم و يغلبون اعتبارات الكشف عن الجريمة عن المحرم و ضمان حقوق الفرد الأساسية⁽⁰¹⁾

1. أنظر في التمييز بين الدليل الجنائي و وسيلة الوصول إليه كل من : أ.د مروت نصر الدين المرجع السابق ص 10 و محمد احمد غانم المرجع السابق ص 114

المطلب الثالث تقسيمات الأدلة الجنائية .

يمكن رد التقسيمات التي وصفها فقهاء القانون الجنائي للدليل إلى عدة أنواع نتولى بيانها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الدليل من حيث مصدره : ينقسم الدليل من حيث مصدره إلى أربعة أنواع مادية و قولية

و قانونية و فنية :

الأدلة المادية: و هي التي تنبعث من عناصر مادية ناطقة بنفسها و هي تدرك بالحواس دون أن يضاف إليها

دليل آخر لإثبات الواقعة و هذا النوع من الأدلة يؤثر في إقتناع القاضي بطريق مباشر⁽⁰¹⁾ و لذلك يوصف الدليل المادي بأنه يتحدث عن نفسه مثل الأدوات التي تستخدم في تنفيذ الجريمة (مسدس .خنجر) أو بصمات الأصابع أو الإقدام أو البصمات العديدة المميزة للإنسان كشفرة الوجه و شفرة الأسنان و شفرة الشفتين و شفرة العين و شفرة الأذن و شفرة الصوت و شفرة الرائحة و التي سبق ذكر معظمها و منها البصمة الوراثية.

ووسيلة الحصول على هذا النوع من الأدلة، المعاينة أو الضبط أو التفتيش أو الخبرة⁽²⁾ لذلك يعرفها البعض بأنها الأدلة التي يمكن رؤيتها أو لمسها و هذا التعريف و إن كان يصح على الأدلة المادية التقليدية فانه لا ينطبق على الأدلة المادية الحديثة التي افرزها التطور العلمي و التقني لكون هذا النوع من الأدلة و إن كان يوصف بالأدلة المادية فان إدراكها لا يتم بطريقة مباشرة (بالحواس) و لكنه يتم بطريقة غير مباشرة و ذلك من خلال استخدام أجهزة علمية كالعديدات المكبرة أو إضافة مواد كيميائية لاستظهارها و الكشف عنها.

1- أ.د / مروت نصر الدين محاضرات في الإثبات الجنائي الجزء الثاني المرجع السابق الإشارة إليه ص12

2- أ. / محمد احمد غانم - الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالبصمة الوراثية مرجع سابق ص 115

كما هو الحال مع البصمات التقليدية (بصمات الأصابع و الأقدام) أو إجراء تحليل جيني لها في المخبر كما هو الحال بنسبة للبصمة الوراثية و يسمى هذا النوع الأخير من الأدلة بالأدلة المادية العلمية⁽¹⁾ و التي تتميز عموما بالثبات و الاستقرار المتأني من ثبات الأصول العلمية لكونها تستند على النظريات العلمية و الأسس العلمية المستقرة كما تتميز بالدقة و العمق الذي يخرج عن نطاق الإدراك البشري الذي تتميز به الأدلة المعنوية و تعتمد عليه و توصف أنها وحدة متكاملة مترابطة في كليتها متجانسة في جزئياتها و هذا يعني أنها لا تحمل التضارب الذي تحمله الأدلة المعنوية .

حيث ينتهي البحث في الأدلة المادية إلى نتيجة واحدة مهما تعددت مصادر هذا الدليل و مهما خضع هذا الدليل لفحوصات متعددة و يمتاز هذا النوع من الأدلة بعنصر الحياد و النزاهة و الدقة و هو الأمر الذي تفتقد إليه الأدلة المعنوية لذلك سميت لدى البعض بالشاهد الصامت و يتميز الدليل المادي أخيرا بخروجه عن نطاق سيطرة و تحكم الجاني و اعتماده على الجزم و اليقين لا الظن و التخمين⁽²⁾.

هذا و يجب الإشارة انه شاع المصطلح المادي لدى علماء البحث الجنائي في مجال الكشف عن الجريمة، بينما أطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ القرينة⁽³⁾

2. الدليل القولي أو غير المادي (الدليل المعنوي) :

هو ذلك الدليل الذي ينبعث من عناصر شخصية تتمثل فيما يصدر عن الغير من أقوال تؤثر في إقتناع القاضي بطريق مباشر من خلال صدق هذه الأقوال و الأدلة الشفوية هي اعتراف المتهم و أقوال الشهود . و هذا النوع من الأدلة يصل إلى علم المحقق على لسان الغير⁽⁴⁾.

1 - د / محمد حماد مرهج الهيئي الأدلة الجنائية المادية مرجع سابق 30-31

2- أ سليمان عثمان ميلود . حجية الطب الشرعي في الإثبات الجنائي . الرسالة السابق الإشارة إليها ص 5756

3 - د/كمال محمد عواد الضوابط الشرعية و القانونية للأدلة الجنائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر الطبعة الأولى 2011 ص 47

4- للاطلاع على الأدلة القولية أو الغير مادية راجع كل من د / كمال محمد عواد المرجع السابق ص 48 و د محمد حماد مرهج الهيئي مرجع سابق ص 31 و أ/ د موك نصر

الدين المرجع السابق ص 13

3 الدليل القانوني: وهو ذلك الدليل الذي حدده المشرع، و بين قوته بحيث لا يمكن الإثبات بغيره، كما لا يمكن للقاضي أن يعطي لهذا الدليل قوة أكثر من القوة التي أعطاها له المشرع و هذا هو الأصل في المواد المدنية أما في المسائل الجنائية فان الأدلة غير محصورة فالقاضي حر في تكوين عقيدته من أي دليل في الدعوى مع مراعاة الاستثناءات التي ترد على حرية الاقتناع في مجال الإثبات الجنائي كما هو الأمر في إثبات جريمة الزنا و جريمة السياقة في حالة السكر⁽¹⁾

4. الدليل الفني: هو الذي ينبعث من رأي خبير فني بناء على معايير علمية يدور حول تقرير دليل مادي أو قولي قائم في الدعوى فالخبرة بخلاف الشهادة ليست نقلا لصورة معينة في ذهن الشاهد بأحد حواسه و إنما هي تقدير فني لواقعة معينة بناء على معايير علمية⁽²⁾ و القاضي يلمس هذه الواقعة من خلال تقديره لرأي الخبير . و إدراك القاضي للدليل الفني يكون بطريق غير مباشر لذلك يكون تأثيرها في تكوين اقتناعه أقل أثرا من الأدلة المادية⁽³⁾ و الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات و الإقناع في مجال الإدانة و البراءة و هي أيضا وسيلة من وسائل الدفاع و تتميز الخبرة الفنية بالطابع الفني و لاختياري و التبعية⁽⁴⁾

الفرع الثاني : الدليل من حيث الجهة التي يقدم إليها : تنقسم الأدلة الجنائية وفقا لذلك إلى

1 أدلة قضائية : و الأدلة القضائية هي التي لها مصدر في أوراق الدعوى المطروحة أمام المحكمة سواء كانت في محاضر الاستدلال أو في محاضر التحقيق أو المحاكمة⁽⁵⁾ لان هذا النوع من الأدلة هو الذي يمكن مناقشته حضوريا في الجلسة و بذلك يتحقق حق الدفاع المكفول دستوريا و يتحقق الفحص الشامل لكل وسيلة من وسائل الإثبات المقدمة في الدعوى⁽⁶⁾ لان اقتناع القاضي الجزائي يتكون من مجموع الأدلة و القرائن و ظروف الحال التي تمت مناقشتها أمامه و هو ما يسمى بتساند الأدلة .

- 1- أ/ د مروك نصر الدين محاضرات في الإثبات الجنائي ج 2 مرجع سابق ص 13
- 2- المستشار الدكتور فتحي محمد أنور عزت - الخبرة في الإثبات الجنائي مرجع سابق ص 515
- 3- د/ كمال محمد عواد . الضوابط الشرعية و القانونية للأدلة الجنائية مرجع سابق ص 48
- 4- أ. سليمان عثمان ميلود -حجية أدلة الطب الشرعي في الإثبات الجزائي . الرسالة السابقة ص 33
- 5- د/ كمال محمد عواد . الضوابط الشرعية و القانونية للأدلة الجنائية مرجع سابق ص 39 .
- 6- د/ محمد مروان نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري ج 1 مرجع سابق ص 328

2. الأدلة الغير القضائية:

و هي التي لا يكون لها أصل في الأوراق المعروضة على القاضي و ذلك مثل المعلومات الشخصية التي يتحصل عليها القاضي بصفته الشخصية خارج ساحة القضاء و يترتب على هذه التفرقة أن القاضي يؤسس حكمه فقط على الأدلة القضائية التي لها أصل في أوراق الدعوى و هذا ما نصت المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية تقدم الأدلة في معرض المرافعات و تتم مناقشتها "وجاهيا" و هذا ما تواترت عليه قرارات المحكمة العليا دون تردد و هو ما يعبر عنه بمبدأ الوجاهية⁽¹⁾

الفرع الثالث: الدليل من حيث علاقته بالواقعة المراد إثباتها: ينقسم الدليل من حيث علاقته بالواقعة المراد إثباتها إلى:

1- **دليل مباشر:** الدليل المباشر هو الذي ينصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها و مثالها المعاينة و شهادة الشهود و الاستجواب و التفتيش⁽²⁾ فالشاهد الذي يرى الجاني و هو يطعن الضحية بالسكين فهو في شهادته يروي واقعة رآها هو بالفعل و يستمد الدليل المباشر قوته في الإثبات من ذاته بمعنى انه يتيح للقاضي العلم بالوقائع المراد إثباتها بمجرد الحصول عليه بالضمانات المقررة في القانون.

2- **الدليل غير المباشر:** الدليل غير المباشر لا يدل بذاته على الواقعة المراد إثباتها و لكنه يحتاج إلى إكمال الاستدلال العقلي و الفحص العميق . لأنه ينصب على واقعة أخرى تفيد أو تؤدي إلى استخلاص قرار معين بالنسبة للواقعة المراد إثباتها⁽³⁾ و مثال ذلك ضبط أشياء مع المتهم مما تكون لها علاقة بالجريمة (كضبط الأسلحة بحوزة المتهم) المشتبه فيه بارتكاب جناية قتل أو العثور على بقعة دم بمسرح الجريمة فإذا تم إثبات أن الأسلحة البيضاء التي وجدت بحوزة المشتبه فيه هي التي استعملت في جريمة القتل دل هذا على ضلوع حائزها في ارتكابها ، و إذا تطابقت عينة الدم التي وجدت بمسرح الجريمة مع دم المشتبه فيه دل هذا على تواجده بمسرح الجريمة . فالإثبات في المثالين انصب على واقعة (حيازة السلاح و عينة الدم) و التي منهما تم الاستدلال على واقعة أخرى (جناية القتل). و الأدلة المادية لا يكفي لفهمها مجرد الملاحظة الحسية و إنما لابد من عملية أخرى هي عملية الاستنباط العقلي لنستخلص مما ورد عليه الدليل واقعه لم يرد عليها دليل مباشر .

1- نجيمي جمال مرجع سابق ص 70

2- د / محمد حماد مرهج الهيتي - الأدلة الجنائية المادية مرجع سابق ص 32

3- المستشار الدكتور فتحي محمد أنور : الخبرة الفنية في الإثبات الجنائي مرجع سابق ص 514

الفرع الرابع : الدليل من حيث الأثر المترتب عليه : ينقسم الدليل بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام :

1. أدلة اتهام : هي تلك الأدلة التي تسمح بتقديم المتهم للمحاكمة مع رجحان الحكم بإدانته ، و ذلك عن طريق إثبات وقوع الجريمة و نسبتها للمتهم ، و كذلك إثبات كافة الظروف التي من شأنها تغليظ العقوبة عليه. و نخلص من ذلك إلى أن أدلة الاتهام لا تكفي لأن يؤسس القاضي الحكم عليها و ذلك لافتقارها للضوابط القانونية المطلوبة في الدليل .

2 - أدلة نفي : هي الأدلة التي تسمح ببراءة ساحة المتهم أو بتخفيف مسؤوليته و ذلك عن طريق نفي وقوع الجريمة و نسبتها إلى المتهم و هذا النوع من الأدلة لا يشترط فيه أن يرقى إلى حد القطع و اليقين ببراءة المتهم بل يكفي أن يزعزع ثقة القاضي و يشككه فيما توافر لديه من أدلة الإدانة ذلك لأن أي شك في الدليل يكون لصالح المتهم عملاً لقاعدة "الأصل في الإنسان البراءة" و قاعدة "اليقين لا يزال بالشك" و قاعدة "الشك يفسر لصالح المتهم".

3. أدلة الحكم : و هي الأدلة التي يتوافر فيها الضوابط القانونية و التي تجعلها متوفرة على اليقين التام و القطع الكامل بالإدانة و ليس مجرد ترجيح بالإدانة. و نخلص من ذلك أن أدلة الحكم التي يعتمد عليها القاضي في تأسيس حكمه لكي تكون صحيحة و لا يستوجب نقضها يجب أن يتوافر فيها الضوابط القانونية التي استلزمها المشرع من مشروعية للأدلة بالإضافة إلى اليقينة و القطع و المناقشة في الجلسة في معرض المرافعات⁽¹⁾. و إلى جانب هذه التقسيمات للأدلة الجنائية هناك تقسيمات أخرى لها : منها الدليل العام و الدليل الخاص الدليل الأساسي و الدليل التكميلي ، الدليل الكامل و الدليل غير الكامل الدليل البسيط و الدليل المركب الدليل العيني و الدليل الشخصي. واعتمد الأستاذ الدكتور مروت نصر الدين في تقسيمه للأدلة تقسيمها إلى ثلاثة أقسام : . أدلة مادية - أدلة قولية - أدلة فنية .

1 - في أدلة الحكم و أدلة النفي راجع كل من : أ.د مروت نصر الدين المرجع السابق ص 15 و د/ كمال محمد عواد المرجع السابق ص 51-52 و الأستاذ : محمد احمد غانم المرجع السابق ص 116

المطلب الرابع : أنواع الأدلة الجنائية

بعد أن تأكد لدينا من خلال ما سبق أن الأدلة الجنائية لا يمكن حصرها و هذا تماشيا مع مبدأ حرية القاضي في الإثبات ، و حتى يمكننا تحديد منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الجنائية ارتأيت في هذا المطلب التعرض لبعض الأدلة الجنائية المتداولة في العمل القضائي لإظهار مدى قصور العملية الإثباتية مع يترتب على ذلك من إفلات الكثير من المجرمين من العقاب و زيادة عدد الجرائم التي تقيد ضد مجهول و النتيجة هي فشل السياسة العقابية التي تعول على هذه الطرق التقليدية في الإثبات .

تمهيدا لمقارنتها بالبصمة الوراثية كدليل إثبات مادي لإظهار ما يمكن أن تقدمه مثل هذه الأدلة من قوة للعملية الإثباتية لذلك سأستهل هذا المطلب بالتعرض لبعض طرق الإثبات المتداولة و التي أثبتت التجربة القضائية محدوديتها كالاقرار و شهادة الشهود و ذلك من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول : الاعتراف :

قليل في الاعتراف العديد من التعريفات و لعل أكثرها شيوعا هو ذلك الذي عرفه بأنه : "إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة المسندة إليه" و هو سيد الأدلة و أقواها تأثيرا في نفس القاضي و أدها إلى اتجاهه نحو الإدانة⁽¹⁾. و قد عرفه قضاة المحكمة العليا بأنه "الاعتراف هو إقرار من المتهم بكل أو بعض الوقائع المنسوبة إليه " و هو كغيره من أدلة الإثبات موكل لتقدير قضاة الموضوع وفقا لأحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية ، وعرفته المادة 341 من القانون المدني بأنه " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى به عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة" ، و حددت خصائصه المادة 342 من القانون المدني " الإقرار حجة قاطعة على المقر" و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم وجود الوقائع الأخرى " و يشترط لصحته أن يكون الاعتراف صريحا لا لبس فيه . صادرا عن إرادة حرة لا يشوبها إكراه أو غلط أو تدليس و أن يكون المعترف متمتعا بكواه العقلية لأنه لا إقرار لمجنون أو صبي غير مميز كما انه لا إقرار لمكره سواء كان الإكراه المسلط عليه ماديا أو معنويا .

1. المستشار مصطفى وجدي هرجة . الإثبات في المواد الجنائية . دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1992 ص 221.

و بذلك فإن تصريحات الشخص تحت تأثير عوامل التهيب أو الترغيب لا يمكن اعتبارها إقرارا صحيحا كإعطاء المتهم مواد طبية مهما كان نوعها فأقواله لا يمكن اعتبارها اعترافا كما أن تصريحات المتهم تحت تأثير الضغط عليه بالتوقيف تحت النظر أو بمتابعة شخص عزيز عليه أو بتعريضه لأي نوع من أنواع الإرهاق الجسدي أو المعنوي كالحرمان من النوم أو الوقوف المتواصل أو تواصل الاستجوابات دون أن تتخللها فترات راحة أو استعمال الوعود المغرية كالإفراج عن المتهم إذا كان محبوسا مؤقتا أو إخلاء سبيل شخص عزيز عليه أو تخفيف العقوبة عنه فكل هذه المؤثرات تضعف جانب الاعتراف و تقضي عليه كدليل و أخيرا فإن استعمال الوسائل الحديثة كجهاز كشف الكذب و التنويم المغناطيسي تعتبر بدورها مزية لإرادة المتهم حتى و لو لم تتضمن تهيبا و لا ترغيبا لأن من يخضع لها يعتبر فاقد الإرادة فلا يفيد بأفعاله و لا بأقواله و يتميز الاعتراف بجملة من الخصائص منها :

. أن يكون أمام القضاء بالمعنى الشامل للقضاء (قضاة الحكم و قضاة النيابة)

- أن يتعلق بواقعة مدعى بها .

- و أن يتزامن الاعتراف مع سير الدعوى ⁽¹⁾.

و سواء كان الاعتراف شفهيا أو مكتوبا فإنه يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة تطبيقا لأحكام المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية . و اختلف الفقه في تحديد طبيعته القانونية فذهب البعض إلى اعتباره تصرفا قانونيا في حين اعتبره البعض عملا قانونيا. و يختلف الاعتراف عن الإقرار المدني لأنه إذا كان الاعتراف هو قول صادر من المتهم بصحة ارتكابه للوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها فإن الإقرار المدني فهو إقرار خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقررنا نتيجة قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه و بناء على هذا التمييز فإن حجية الاعتراف في المواد الجزائية ليس حجة في ذاته و إنما هو خاضع لتقدير المحكمة، بينما يعتبر في المسائل المدنية حجة قاطعة على المقر و هو سيد الأدلة فعلا و ينقسم الاعتراف بالنظر إلى أهميته إلى عدة أنواع منها الاعتراف الكامل و الجزئي الاعتراف القضائي و غير القضائي ⁽²⁾.

1- نجيمي جمال المرجع السابق ص 159-160

2- أ.د. مروت نصر الدين المرجع السابق ص 35-37

ونظرا لأهميته و مدى تأثيره في وجدان السامع لأن الطبيعة البشرية ميالة إلى تصديق المذنب إذا أقر بذنبه على أساس أن ذلك يشكل عودة إلى السلوك القويم، و ورد النص عليه في قانون الإجراءات الجزائية في مستهل طرق الإثبات إذ نصت عليه المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها " الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي ".

و إذا كان الغالب هو صدق المقر عندما يشهد على نفسه و يعبر عن استعداده، لتحمل العقاب غير أن هذه النظرة البسيطة للأمور تخفي وراءها في بعض الأحيان كثيرا من التحايل و المراوغة و التلاعب بأصحاب النوايا الحسنة لذلك سارع المشرع الجزائري إلى وضع الاعتراف في حدوده الحقيقة معلنا أنه ليس سيد الأدلة كما هو الحال في القانون المدني و أنه مجرد عنصر من عناصر الإثبات يمكن استبعاده أو تجزئته و الأخذ ببعضه دون البعض الآخر و ذلك لأن المعترف قد يكون متحايلا و له أغراض محددة من خلال اعترافه و المثل الواضح على ذلك أن يعترف بواقعة بسيطة لإخفاء واقعة أكبر و أخطر، كمن يعترف بقيامه بسرقة ما نهارا و بمفرده و ذلك بقصد تجنب الوصف القانوني للجريمة لأن توافر بعض الظروف كالدليل و التعدد تجعل الجرم جنائية أو كمن يعترف بارتكابه الجرم لإبعاد التهمة عن شخص آخر و يحصل من ذلك على فائدة معنوية أو مادية⁽¹⁾.

لذلك يتعين على المحكمة ألا تكتفي بمجرد صدور الاعتراف المستكمل لشروط صحته للاستناد إليه في حكم الإدانة و لكن يجب عليها أن تقدره في تكوين عقيدتها و هذا التقدير يعتبر مسألة موضوعية لا رقابة عليها من محكمة النقض، فإن تبين للمحكمة أن الإعتراف غير صادق طرحته إذ لا يصح لأحد على حد تعبير محكمة النقض تأثيم إنسان و لو بناء على اعترافه متى كان ذلك مخالفا للحقيقة و الواقع⁽²⁾.

كما يجب الانتباه أن اعتراف المتهم بارتكابه الجرم المنسوب إليه لا يغني عن ذكر أركان ذلك الجرم لأن المتهم قد يعترف بفعل ما و ذلك الفعل لا يشكل جريمة إلا بتوافر شروط يجب التأكد منها من طرف القاضي و من أمثلة ذلك القرار الصادر عن الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا بتاريخ 1984/10/16 فضلا في الطعن رقم 29878 و الذي جاء فيه : " عن الوجه الثاني المؤدى وحده إلى النقض و المأخوذ من انعدام أو قصور الأسباب

1- نجيمي جمال المرجع السابق ص 165-166.

2- د/ العربي الشحط عبد القادر و أ. نبيل صقر المرجع السابق ص 94.

و ذلك بدعوى أن القرار المنتقد لم يتعرض إلى تحليل التهمة تحليلاً كافياً و لم يبين ظروف و ملائسات القضية كما لم يشير إلى المادة أو المواد التي طبقت مما يجعله غير مسبب و بالفعل حيث انه و بالرجوع إلى القرار المنتقد و إلى الأحكام الصادرة فيه يلاحظ عدم الإشارة إلى نوعية الأفعال التي قام بها المتهم و إلى طبيعة المادة المسروقة و كذلك عدم بيان الدور الذي قام به و تاريخ ارتكاب الفعل و عدم ذكر المادة القانونية المطبقة على التهمة.

و حيث أن القرار المطعون فيه اقتصر على الإشارة بأن المتهم اعترف بالأفعال المنسوبة إليه دون بيان ما نوع تلك الأفعال كما لم يشير إلى المادة القانونية المطبقة كما توجب ذلك المادة 379 ق.أ.ج الشيء الذي يجعل هذا الوجه في محله و يترتب عنه نقض من دون حاجة لمناقشة الوجه المنتفي

و الاعتراف بمفرده كافي لتأسيس حكم الإدانة⁽¹⁾ و للمحكمة أن تأخذ باعتراف المتهم سواء حدث أمام المحكمة أو أمام قاضي التحقيق أو أمام الضبطية القضائية حتى لو تم التراجع عنه مادام قد أحدث في وجدان القاضي الاقتناع الكافي.

و مهما بلغت درجة الإحاطة بموضوع الاعتراف، فإنه يبقى دليلاً معنوياً ساد طرق الإثبات و تربع على عرشها في عصر سيادة الأدلة المعنوية، أما اليوم و بعد ظهور الأدلة المادية العلمية، و التي تعتبر البصمة الوراثية واحدة منها اكتسبت هذه الأدلة أهميتها في الإثبات لما لها من قدرة في الإقناع و التأثير . و أصبح التعويل عليها ضرورياً لإنقاذ العملية الإثباتية من القصور الذي أصبح يعترئها بسبب تغيير سلوك المتهمين حيث أضحي الإنكار السمة الظاهرة لديهم لتعودهم على المناورة في التحقيق و استماتتهم على الاستمرار فيه رغم كل الظروف، في مواجهة كل دليل و هذا ما أدى إلى اختلال موازين القوى حيث أصبح الضحية يخشى أو لا يرغب في الالتجاء إلى القضاء لأنه يعلم مسبقاً أن المتهم سيفلت من العقاب لانعدام الدليل خاصة و أن القوانين الحديثة أصبحت تمنع اللجوء إلى الوسائل غير المشروعة للحصول على الاعتراف.

و بسبب ذلك تمادى المجرمون في غيهم و أصبحوا يهددون أمن المجتمع في الصميم و هذا ما دفع بالبعض إلى المطالبة بإعادة النظر في نظرية الإثبات برومتها و ليس فقط استبعاد طرق الإثبات المعنوية .

1- نجيمي جمال المرجع السابق ص 167

الفرع الثاني: الشهادة.

الشهادة من أكثر وسائل الإثبات استعمالا في المواد الجزائية ، لذلك فهي تجمع بين الخطورة و الأهمية في الإثبات الجنائي ، فمن حيث الأهمية قد تستنير المحكمة بالدليل المستمد منها للكشف عن الحقيقة أما من حيث الخطورة فقد تكون هي الوسيلة الوحيدة التي أصبحت ممكنة في القضاء بعد تعذر الوسائل الأخرى ، فيعتمد عليها القاضي في إثبات التهمة أو نفيها ، حينئذ قد يدلي الشاهد بوقائع مخالفة للحقيقة إما لعدم دقة ذاكرته بسبب نسيانه أو تأثره بمصلحة شخصية يتحصل عليها من وراء شهادته أو خشيته ممن يشهد ضدهم ، فيترتب على ذلك إدانة شخص بريء بدلا من المجرم الحقيقي.(1)

وورد تعريفها في معاجم اللغة بمعنى اخبر بما علم بحواسه ، و أدى الشهادة أمام المحاكم أي بين ما يعلمه و أظهره.(2)

و المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريفها، و إن كان القانون المدني قد أشار إليها قبل تعديل 2005 تحت عنوان البينة و بعد تعديل 2005 أشار إليها تحت عنوان الإثبات بالشهود و للبينتين معنيان ، معنى عام و هو ما يبين الحق و يظهره سواء كان دليلا كتابيا أو شفويا أو قرائن و معنى خاص و هو شهادة الشهود. و الشهادة هي إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهدته أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة.(3)

و الشهادة في القانون تقوم على إخبار شفوي يدلي به الشاهد في مجلس القضاء بعد يمين يؤديه على الوجه الصحيح لما يكون قد عاينه أو أدركه بحاسة من حواسه كالبصر في حالة مشاهدته للجاني و هو يطلق الرصاص أو يطعن المحني عليه بالخنجر أو كالسمع في حالة همس و تلقي السمع لعبارات القذف و السب التي صدرت من الجاني في حق المحني عليه .

1 . أغليس بوزيد المرجع السابق ص 152.

2 . للتوسع في تعريف الشهادة أنظر نجيمي جمال مرجع سابق ص 274 ، 275.

3 . د/ العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر المرجع السابق .

و الشاهد هو شخص غريب عن الخصومة الجزائية يحوز على معلومات توصل إليها عن طريق حواسه الشخصية تفيد في الكشف عن حقائق تتصل بالجريمة أو بفاعلها من حيث تحديد الأفعال المرتبطة و جسامه الجريمة و نسبتها إلى فاعلها و معرفة أحوال المتهم الشخصية.

و القاعدة العامة أن كل شخص عاقل تنتفي عليه الموانع القانونية و يمكن أن تكون هناك فائدة من سماع شهادته للفصل في الدعوى يجوز أن يسمع كشاهد بغض النظر عن جنسه أو سنه أو علاقته بالأطراف أو مركزه الاجتماعي إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، فلا يستبعد من الشهادة إلا من كان غير مميز لصغر سنه أو كان فاقدا لقدراته العقلية ، أو ممنوعا بالقانون بسبب السر القانوني و المدافع عن المتهم و استلزم المشرع في الشهادة سواء كانت أمام قاضي التحقيق أو أمام المحكمة الجزائية أن تكون مسبقة بأداء اليمين الذي يؤديه الشاهد.⁽¹⁾ و يده اليمين مرفوعة بالصيغة التالية : " أقسم بالله العظيم أن أتكلم بغير حقد و لا خوف

و أن أقول كل الحق و لا شيء غير الحق " (م. 93 قانون الإجراءات الجزائية) و يميز هذا القسم الشهادة عن الأقوال التي يدلي بها الأشخاص بغير أدائه .

و هذا إذا كان الشاهد طفلا لم يكمل التمييز فلا يمكن الاستماع إليه كشاهد و إذا كان قاصرا يبلغ من العمر ثلاثة عشرة (13) سنة و لم يكمل السادسة عشر (16) يسمع دون أداء اليمين عملا بنص المادة 288 من قانون الإجراءات الجزائية و بتمام سن السادسة عشر يحلف الشاهد اليمين القانونية و بطبيعة الحال يمنع من أداء الشهادة غير المميز لفقدته قدراته العقلية لأي سبب من الأسباب ، كما يمنع من الشهادة الممنوعون بالقانون عملا بنص المادة 310 من قانون العقوبات و هم الأشخاص الملزمون بالسر المهني بحكم عملهم (كالطبيب ، و الموثق ، و المحامي ، و القضاة ، و رجال الضبطية القضائية) و المتضرر من الجريمة محل الإثبات إذا ادعى مدنيا و تأسس كطرف مدني (243 قانون الإجراءات الجزائية) ، كما لا يجوز سماع من تربطهم بالمتهم أو الجاني عليه روابط عائلية أو أسرية أو مهنية و تمتاز الشهادة كدليل إثبات في المواد الجزائية بمجموعة من الخصائص تميزها عن الشهادة في المواد المدنية و عن الأدلة الأخرى في الدعوى الجزائية منها :

1 . الشهادة شخصية : بمعنى أنه لا يجوز لشاهد توكيل غيره لأداء الشهادة بدلا عنه بل يلتزم شخصا بالحضور أمام الجهة القضائية التي يريد أداء شهادته أمامها ، فإذا تعذر عليه ذلك على المحكمة أن تنتقل إلى حيث يوجد الشاهد ، و الإدلاء بها خارج هذا الإطار أو كتابتها في ورقة عرفية أو تسجيلها صوتيا فإنه يفقدها

1 . نجيمي جمال المرجع السابق ص 309 و ما يليها .

جوهرها ، و تأكيداً لذلك هناك قرار لغرفة الجرح و المخالفات بالمحكمة العليا بتاريخ : 06 / 10 / 2009 فصلاً في الطعن رقم : 454 986 و الذي تضمن في إحدى حيثياته :

1- " حيث أن اعتماد قضاة الموضوع على شهادة الشاهد الذي تم سماعه أمام قاضي التحقيق و عدم التفاتهم لشهادات عرفية يكون المتهم قد استظهر بها أمامهم يعتبر من صميم سلطتهم التقديرية خصوصاً أن الشهادة التي يعتد بها قانوناً هي تلك التي تؤدي أمام رجال القضاء و في إطار احترام الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ، و ليست تلك الكتابات العرفية التي تسمى مجازاً شهادات شرفية و بالتالي فإن هذا الوجه كسابقه غير سديد فيرفض و ينجر على ذلك رفض الطعن "

2. تتميز الشهادة أيضاً بأنها تنصب على ما يدركه الشاهد بحاسة من حواسه و أهمها البصر و السمع و الشم و لذلك لا يعتد بالتفسير الذي يعطيه الشاهد للحدث كما لا يعتد بأفكاره و معتقداته و الأصل فيها أن تكون مباشرة فيشهد الشاهد بما رآه أو سمعه أو بما أدركه بحاسة من حواسه بطريقة مباشرة و رغم ذلك فضلاً عن الشهادة المباشرة أنواع أخرى من الشهادة تكون أضعف منها في القوة ، كالشهادة السماعية و الشهادة بالتسامع و الشهادة بالشهرة العامة .

3. كما تتميز الشهادة بأنها دليل ذا قوة متعددة بحيث أن إثبات واقعة بواسطة شهادة الشهود يعني ثبوتها في مواجهة كافة الأطراف.⁽¹⁾

4. و أمر تقدير الشهادة متروك للقاضي بناء على ما تحدثه لديه من اقتناع لذلك يجوز له الاعتماد عليها لتأسيس حكمه، كما يجوز له استبعادها و له في ذلك أن يفاضل بين تصريحات الشهود أو أن يأخذ من أقوال الشاهد الواحد ما تطمئن إليه نفسه و يطرح جانباً ما لا يصدقه من كلامه و في هذا السياق أصدرت المحكمة العليا غرفة الجرح و المخالفات قراراً بتاريخ : 04 / 06 / 2008 فصلاً في الطعن رقم 411 643 و الذي جاء في إحدى حيثياته " حيث أنه فيما يتعلق بالشطر الأول من الوجه الثالث و مفاده أن قضاة الموضوع اعتمدوا على شهادة شاهد واحد بينما القانون يشترط شاهدين عدلين فحسب ما يبدوا من أوراق الملف ليس هناك ما يدعو إلى اشتراط شاهدين أو أكثر ، وباب الإثبات يبق مفتوحاً في المادة الجزائية وفقاً لأحكام المادة 212 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية"⁽²⁾

1. انظر في خصائص الشهادة كل من : د/ العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر ، المرجع السابق ص 103 ، 105 و نجيمي جمال المرجع السابق ، ص 288 و ما يليها.

2- القرار الصادر عن غرفة الجرح و المخالفات بالمحكمة العليا او الصادرين بتاريخ 04-06-2008 مشار اليه بمرجع نجيمي جمال السابق الاشارة اليه في الصفحة 291.

وقرار آخر لغرفة الجنتح و المخالفات بالمحكمة العليا بتاريخ: 06-01-2009 فصلا في الطعن رقم 264 484 وقد جاء في إحدى حيثياته "وأما مسألة استناد القضاة على شهادة بعض الشهود دون بعض وأن الوقائع لا تحمل التصديق باعتبار أنها مصطنعة ضد الطاعن فذلك من باب تقدير الوقائع و تقدير وسائل الإثبات التي يختص بها قضاة الموضوع دون تعقيب عليهم من طرف المحكمة العليا"⁽¹⁾.

ونشير أن المشرع الجزائري عالج أحكام شهادة الشهود أمام سلطات التحقيق في المواد 89 إلى 99 من قانون الإجراءات الجزائية كما عالج شهادة الشهود أمام المحاكم في المواد من 220 إلى 237 من ذات القانون و استدعاء الشهود من اجل المثول أمام الجهات القضائية يتم بإحدى الطرق المبينة في قانون الإجراءات الجزائية (م88 ق اج) وسماع الشهود يختلف حسب الجهة التي يدلون أمامها بشهادتهم .

ففي مرحلة التحريات الأولية أو التحريات العادية فان سماع الشهود يكون بناء على استدعاء من طرف الضبطية القضائية حسب الأحوال المنصوص عليها في القانون ويمنع على هذه المصالح توجيه اليمين للشاهد بل يكتفى بتسجيل تصريحاتهم لذلك فان محاضر سماع الشهود أمام الضبطية القضائية هي مجرد استدلالات وأما أمام قضاة التحقيق وجهات الحكم، فان استدعائهم يتم وفقا للطرق المنصوص عليها في القانون، وقبل الشروع في سماع شهادتهم يتعين عليهم الكشف عن هويتهم و علاقاتهم بأطراف الخصومة وأداء اليمين القانونية و يشترط في الشهادة كدليل إثبات العلنية وان تؤدي في مواجهة الخصوم وأداء اليمين⁽²⁾

1 . القرار الصادر عن غرفة الجنتح و المخالفات بالمحكمة العليا او الصادرين بتاريخ 06-01-2009 مشار إليه بمرجع نجيمي جمال السابق الإشارة إليه في الصفحة 291.

2 . للتوسع أكثر في أحكام الشهادة و إجراءاتها و الجزاءات المترتبة عن تخلف شروطها راجع قانون الإجراءات الجزائية في مواد من 88 إلى 97.

و نشير أخيرا أن التشريعات الحديثة تتجه نحو تنظيم شهادة الشاهد مجهول الهوية le témoin anonyme و هذا ما نص عليه القانون الفرنسي رقم 2001 . 1062 المؤرخ في: 2001/11/13 المعدل و المتمم تحت عنوان حماية الشهود و أخيرا ننبه أنه و رغم الأهمية التي تكتسبها الشهادة من حيث الواقع العملي كدليل قولي في الإثبات نظمته المشرع في المواد من 88 إلى 99 من قانون الإجراءات الجزائية ، إلا أنه و نظرا للتغيرات التي طرأت على المجتمع و أفرادها أصبحت هذه الوسيلة (الشهادة) تفقد قيمتها و تحيد عن هدفها و منهجها القويم و ذلك يرجع إلى اضمحلال قيم الصدق و الإستقامة لدى الأفراد و انتشار الكذب و نقص الحس الديني و كذا نقص الشعور بالمسؤولية .⁽¹⁾

بالإضافة إلى الخوف من المشهود ضدهم ، خاصة إذا كانوا من المجرمين المحترفين الذين يملكون سلطة النفوذ و المال يضاف إلى ذلك تعقيد الإجراءات القضائية واستهلاك وقت الشاهد و سوء معاملته و هذه الأسباب و غيرها جعلت الشهود يتهربون من أداء هذا الواجب الديني الاجتماعي و ترتب عن ذلك قصور العملية الإثباتية ، و تهديد السياسة العقابية بالفشل ، و من هنا تبدو أهمية اللجوء إلى الأدلة العلمية و التي منها البصمة الوراثية في الإثبات لإنقاذ العملية الإثباتية من الانهيار مع ما يترتب على ذلك من آثار سلبية للمجتمع و أفرادها .⁽²⁾

1 . فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات الجزائية دار البدر 2008 ص 345 . 347.

2 . أ . غانم محمد أحمد غانم المرجع السابق الإشارة إليه ، ص 209 ، 210.

المبحث الثالث: البصمة الوراثية بين نظم الإثبات و أدلته

حتى يتسنى لنا الوصول إلى المطلوب من خلال هذا الفصل و المتمثل في تحديد مكانة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الجنائية و بالنظر إلى ذاتية الإثبات الجنائي تعرضت في المبحث الأول من هذا الفصل إلى الإثبات و نظمه المختلفة إما المبحث الثاني من هذا الفصل تناولت من خلاله أدلة الإثبات الجزائية و تقسيماته المختلفة .

وتوصلت من خلال هذين المبحثين أن أدلة الإثبات في نظام الإثبات الحر غير مرتبة ترتيبا تدرجيا بل ترتيبها أفقيا أي أن كل الأدلة متساوية في ظل هذا النظام و القاضي وفقا لاقتناعه الشخصي يختار أيا منها في بناء حكمه.

لذلك و من خلال أسلوب تحليلي سأحاول من خلال هذا المبحث وضع البصمة الوراثية بين قواعد الإثبات و أدلته لأتمكن من إظهار مكانتها . وفي سبيل ذلك قسمت هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول: تأثير البصمة الوراثية على قواعد الإثبات

المطلب الثاني: تأثير البصمة الوراثية على أدلة الإثبات

المطلب الأول: تأثير البصمة الوراثية على قواعد الإثبات

سبق لنا الإشارة أن نظام الإثبات الجنائي الحر يقوم على مبادئ هامة تشكل قواعد عامة له و يأتي في مقدمتها مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه من أي دليل ومبدأ شرعية الدليل ومبدأ عبء الإثبات وحتى يتسنى لنا إظهار أثر الأدلة المادية العلمية و التي منها البصمة الوراثية على قواعد هذا النظام للكشف إن كان ظهور هذا النوع من الأدلة أصبح يهدد نظام الإثبات الحر و يبشر بظهور نظام إثبات جديد أم أن هذا النوع من الأدلة سيزيد من حرية القاضي في الاقتناع وتحقيقا لذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاث فروع كما يلي:

الفرع الأول: تأثير البصمة الوراثية على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

الفرع الثاني: تأثير البصمة الوراثية على مبدأ مشروعية الدليل

الفرع الثالث: تأثير البصمة الوراثية على مبدأ عبء الإثبات

الفرع الأول: تأثير البصمة الوراثية على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

إذا كانت البصمة الوراثية كدليل مادي علمي تتساوى نظريا من حيث القيمة القانونية مع غيرها من طرق الإثبات في ظل نظام الاقتناع الشخصي للقاضي الذي يملك لتكوين اقتناعه الشخصي الأخذ بأي دليل يطمئن إليه واستبعاد أي دليل لا يرتاح إليه دون أي معقب عليه من قضاة النقض وهذا عملا بالمادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية لكنه و من الناحية العملية و بالنظر لما تتميز به الأدلة العلمية عموما و البصمة الوراثية خصوصا من دقة عالية في إثبات الجريمة بأركانها و ظروفها و إسنادها إلى المتهم بالإضافة إلى إفلاتها من المؤثرات النفسية و الشخصية التي تصيب الشاهد ، و هذا ما جعل البعض يطلق عليها اسم " **الشاهد الصامت** " و ترتب عن ذلك أن أصبح الدليل العلمي المادي يشكل عاملا مقيدا لحرية القاضي في تكوين اقتناعه الشخصي و ذلك بالنظر إلى الطبيعة العلمية المحضة لهذا النوع من الأدلة الذي يعجز القاضي بحكم تكوينه عن تحييصها و مناقشتها كسائر الأدلة الأخرى .

وهذا ما جعل بعض الشراح يقولون أن نتيجة الأدلة العلمية " **ملزمة للقاضي** " وهذا ما ساهم في تقليص سلطته التقديرية لهذا النوع من الأدلة و أثر بالتالي على الاقتناع الشخصي له بل ووصل الأمر في بعض الحالات إلى حد إلغائه ولهذا يثور الأشكال حول مدى تأثر الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي عمليا بهذا الدليل أي البصمة الوراثية.

ولما كان مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي يمتد نطاقه ليشمل قضاة جهات المتابعة (النيابة) و التحقيق و جهات الحكم، لهذا سنقوم بإظهار مدى تأثير البصمة الوراثية على اقتناع القاضي لدى كل جهة من الجهات المذكورة كما يلي:

أولاً: تأثير البصمة الوراثية في تكوين قناعة جهة المتابعة

لما كان عبء الإثبات في المادة الجزائية يقع على عاتق النيابة العامة باعتبارها سلطة اتهام فإنها كثيراً ما تحتهد في البحث عن الأدلة التي من شأنها إقامة الدليل على وقوع الجريمة و إسنادها للمتهم و مع ذلك فإنها و قبل أن تبحث عن الوسيلة الفعالة التي يمكن بواسطتها التأثير في الاقتناع الشخصي لجهات الحكم و التحقيق و بالتالي إفادتها بالتماساتها فانه من باب أولى أن تبدأ بتكوين قناعتها هي نفسها حتى تتمكن من اتخاذ الإجراءات المناسبة بشأن الدعوى العمومية وفي سبيل ذلك تلجأ النيابة العامة إلى استخدام كل الطرق القانونية التي خولها لها القانون و من بينها الاستعانة بالخبراء في مختلف التخصصات، وهو الإجراء الذي كثيراً ما يتحكم في سير الدعوى العمومية، إذ غالباً ما تجد النيابة نفسها في وضع المنتظر لنتائج الخبرة لاتخاذ أي إجراء بشأن مصير هذه الدعوى و المتابعة الجزائية كما هو معلوم تقوم على مبدئين أساسيين هما⁽¹⁾

قانونية المتابعة و ملائمة هذه المتابعة: ومن ثم يكون تقرير الخبير حاسماً لدرجة انه يتحكم في تكييف بعض الجرائم كما هو الشأن في الحالة التي يخلص فيها الخبير في تقريره في جرائم الضرب و الجرح العمدي إلى تقييم العجز بمدة اقل من (15 خمسة عشر) يوماً مع عدم توافر أي ظرف مشدد (الترصد و سبق الإصرار) فتجد النيابة نفسها مضطرة إلى إحالة القضية على قسم المخالفات، وليس لها من وسيلة تناقش بها ما تضمنه تقرير الخبير إلا عن طريق خبرة مضادة و هكذا تجد النيابة نفسها عملياً ملزمة بتكييف الوقائع المعروضة عليها حسب نتيجة الخبرة .

كما قد يخلص من تقرير الخبير في نفس الجريمة أن الآثار الظاهرة على جسم الضحية و إن كانت لم تسبب لها عجزاً كبيراً بالنظر إلى شكلها يتأكد إنها كانت نتيجة استعمال آلة حادة ومن ثم و اعتماداً على هذا التقرير يتم تكييف الجريمة على إنها جرح طالم أن الجروح الظاهرة على جسم الضحية نتجت عن استعمال آلة حادة (سلاح ابيض) حتى ولو لم يتم ضبط هذا السلاح في مسرح الجريمة و أنكر الجاني استعماله طالم أن استعمال السلاح في الضرب كان بذاته لتجنيح الفعل بغض النظر عن مدة العجز .

¹ - د/ محمد نجيب حسني. شرح قانون الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية القاهرة - الطبعة الثانية 1998 ص 109

ولا يقتصر دور الخبرة المنصبة على فحوصات و تحاليل البصمة الوراثية في التأثير على المتابعة في التكيف، بل قد يمتد إلى اقتناع النيابة باتخاذ إجراء الحفظ و بالتالي و ضع حد للمتابعة كما هو الشأن في الجرائم الجنسية خصوصا جريمة هتك العرض التي يتطلب القانون لقيامها إقامة الدليل على حصول عملية "الإيلاج" بالإضافة إلى ركن العنف ففي هذه الحالة إذا أنكر المتهم ما نسب إليه ولم يضبط متلبسا يستحيل إثبات هذه الجريمة ما لم يتم اللجوء إلى خبرة بيولوجية، هذه الأخيرة التي على ضوءها يتحدد مصير الدعوى تحريكا أو حفظا فإذا جاءت نتائج الخبرة مؤكدة لانعدام آثار "الإيلاج" و العنف و الإكراه، ستبادر النيابة دون شك استنادا إلى نتائج الخبرة إلى إصدار أمر بالحفظ على أساس انه لا جدوى من إحالة الدعوى لجهات التحقيق أو لجهات الحكم لأنه لو تم ذلك لعرفت الدعوى نفس المصير سواء بصدر أمر بأن لا وجهة للمتابعة أو حكم بالبراءة⁽¹⁾ ويتضاعف دور البصمة الوراثية إذا علمنا أنها لا تعتبر خبرة بالمعنى الدقيق لأنها ليست مجرد رأيا فنيا من شخص يختص في فحص واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية و إنما هي تطبيق مباشر للقوانين العلمية التي تفترضها الخبرة لكي يستخلص منها ثبوت الواقعة، لذا تصنف بأنها وسيلة إثبات بالطرق العلمية و الذي يدخل في اختصاص الطب الشرعي لأنه يتولى كل ما يتصل بجسم الإنسان و آثاره البيولوجية و فحص جثته وتشريحها بقصد إيضاح المسائل الطبية التي تنظر أمام القضاء، وهذا ما جعلها تحقق اليقين المطلوب في العملية الإثباتية في المجال الذي تستعمل فيه و لذلك أطلق عليها البعض "ملكه وسائل الإثبات"⁽²⁾

ثانيا: تأثير البصمة الوراثية في الاقتناع الشخصي لقاضي التحقيق

هناك إجماع فقهي على أن لسلطة التحقيق دور في تقدير الأدلة لأنه و كما رأينا أن مجال مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي يمتد ليشمل كل القضاة دون استثناء و في كافة مراحل الدعوى الجنائية سواء كان في مرحلة التحقيق أو المحاكمة إذ لا يقتصر دور سلطة التحقيق في البحث على الأدلة وجمعها و تقديمها للمحكمة المختصة إلا أن التصرف في الأوراق بالإحالة إلى القضاء من عدمه يكون بناء على أن الشك يفسر ضد مصلحة المتهم أمام سلطة التحقيق على خلاف الحال أمام المحكمة المختصة⁽³⁾

1- أ. سليمان عثمان ميلود الرسالة السابق الإشارة إليها ص 158-159 و أ. توفيق سلطاني الرسالة السابق الإشارة إليها ص 157-158

2- د/ ابو الوفاء محمد ابو الوفا إبراهيم البحث السابق الإشارة إليه ص 311

3- د/ محمد لطفي عبد الفتاح المرجع السابق ص 205

فجهات التحقيق في تقديرهم لكفاية الأدلة من عدمه ،لا يخضعون في ذلك لقواعد معينة أو لرقابة محكمة النقض ولكنهم يخضعون في ذلك لاقتناعهم الذاتي و ذلك لان الغاية من مرحلة التحقيق الابتدائي هي ترجيح الإدانة أو البراءة .

لان الشك في هذه المرحلة كما قلنا يفسر ضد المتهم⁽¹⁾ وهكذا يبدو جليا أن قاضي التحقيق يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اتخاذ أي أمر مناسب حسب ما استقر عليه وجدانه من اقتناع إذا تعلق الأمر بدليل غير قطعي كشهادة الشهود والاعتراف . لكن الأمر يختلف في الحالة التي يجد فيها نفسه في مواجهة دليل علمي فاصل في مسألة فنية، وان كان هذا الدليل نظريا يخضع كغيره من أدلة الإثبات الأخرى إلى السلطة التقديرية لقاضي التحقيق و إلى مبدأ حرية الإثبات الذي بموجبه لا يتقيد القاضي المحقق بوسيلة معينة دون أخرى ولو كانت علمية إلا انه و من الناحية العملية كثيرا ما يجد هذا الأخير نفسه مضطرا للاقتناع بهذا النوع من الأدلة و يرجع ذلك إلى ما تتميز به هذه الأدلة من دقة عالية⁽²⁾ في نسبة الجريمة للمتهم و على ذلك فان الأثر الموجود بمسرح الجريمة و عجز المتهم عن تبرير تواجده به يبرر اتخاذ قاضي التحقيق أمرا بالتصرف في الأوراق بالإحالة على القضاء .وعلى ذلك فان البصمة الوراثية تكفي وحدها كقرينة لتقديم المتهم للمحاكمة على ارتكابه للجريمة التي وجد أثره البيولوجي في مسرحها .وهكذا يظهر أن البصمة الوراثية تؤثر في الاقتناع الشخصي لقاضي التحقيق فتطابق اثر العينة الموجودة بمسرح الجريمة مع عينات بصمة المشتبه فيه يثير شكاً في وجدانه و الشك في هذه المرحلة يفسر ضد المتهم ،وهذا يؤدي⁽³⁾ إلى قيام قاضي التحقيق بإصدار الأوامر القضائية التي حولها إياه قانون الإجراءات الجزائية .

وقد نص المشرع الجزائري في القانون رقم 16. 03 المؤرخ في 2016/06/11 و المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية و التعرف على الأشخاص في المادة الرابعة (04) " يجوز لوكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق و قضاة الحكم الأمر بأخذ عينات بيولوجية و إجراء تحاليل بيولوجية عليها و بالتالي يمكن لقاضي التحقيق الاستناد إلى هذا النص لبناء اقتناعه الشخصي و التصرف في أوراق الدعوى على ضوءها.

1-المستشار الدكتور فتحي محمد أنور عزت المرجع السابق ص508-509

2-توفيق سلطاني الرسالة السابقة ص159-160 و أ. سليمان عثمان ميلود -الرسالة السابقة ص160-161.

3- أ.هام صالح بن خليفة المرجع السابق ص146

ثالثا: تأثير البصمة الوراثية في الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري .

إذا كانت البصمة الوراثية تساهم مساهمة مباشرة في التأثير على الاقتناع الذاتي لجهتي المتابعة و التحقيق لدرجة انه قد يصل هذا التأثير إلى حد إلغاء السلطة التقديرية لهذه الأخيرة لما تتميز به من دقة في الإثبات و موضوعية الإسناد فانه و أمام قاضي الحكم يشكل هذا الدليل عاملا أكثر تهديدا لمبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه الشخصي .

ذلك أن طبيعتها العلمية البحتة قد تجعل القاضي الجزائري عاجزا على تقديرها و مناقشتها باعتبارها دليل إثبات مما يساهم في التقليص من سلطته التقديرية و هو ما يؤثر على الاقتناع الشخصي للقاضي في حد ذاته و حتى إلغائه في بعض الأحيان⁽¹⁾.

فالحجية التي غالبا ما تتسم بها هذه الأدلة تجعل القاضي في مأزق حقيقي خصوصا في الحالة التي لا يتفق فيها هذا الدليل مع الاقتناع الشخصي للقاضي فهنا يجد القاضي نفسه أمام اختيارين إما أن يلغي اقتناعه الشخصي و يستسلم لما خلصت إليه نتائج الخبرة العلمية أو يستبعد الأخذ بهذه الأدلة حتى و إن كانت قطعية وباتة⁽²⁾

مادامت تتعارض مع اقتناعه القائم على أدلة أخرى ،ومع ذلك فمن الطبيعي أن يحتكم القاضي الجزائري في حكمه على العقل و المنطق و هذا ما يؤدي إلى اعتماد أدلة الإثبات التي تمكنه من أن يقف على صحة مطابقتها مع المنطق و العقل و استخلاصها استخلاصا علميا بالدقة و الموضوعية المطلوبة فهو لن ينشد من الأدلة إلا تلك التي يتوسم فيها أن تكون مصدرا من مصادر اليقين لديه و هو ما يجعلها أكثر قبولا لديه مقارنة بغيرها من الأدلة الكلاسيكية الأخرى مثل الاعتراف و شهادة الشهود التي تعثرها المؤثرات النفسية و العاطفية ما يفرض عليه الحيطة و الحذر في التعامل معها في مرحلة تكوين اقتناعه الشخصي⁽³⁾ إذ من غير المنطقي أن يعتمد القاضي الجنائي الجالس في قضية جنائية في محكمة الجنايات في جريمة هتك عرض أن يركن في تكوين اقتناعه على شهادة شاهد يستند فيها فعل الاغتصاب على المتهم بدعوى انه شاهده و هو بصدد اعتدائه على الجاني عليها في حين أن تقرير تحليل البصمة الوراثية يشير أن قطرات المني المرفوعة من فرج الجاني عليها لا تتطابق مع عينات المتهم الذي أنكر التهمة المنسوبة إليه ،أو كان يظهر من نفس التقرير بعد الفحص الطبي على المتهم أن هذا الأخير يعاني ضعفا جنسيا متقدما لدرجة انه لا يقوى حتى على الانتصاب.

1-فاضل زيدان محمد -سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة "دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع طبعة 2006 ص102

2-د/ حسن عبد السلام جابر .التقرير الطبي بإصابة الجاني عليه و أثره. في إثبات الدعوى المدنية و الجنائية دار الكتب القانونية مصر 1998 ص192

3- د/عبد الحكيم فودة .حجية الدليل الفني في المواد المدنية و الجنائية .دار الفكر الجامعي الإسكندرية 1996 ص22

ففي مثل هذه الحالات و غيرها و حتى على فرض أن المتهم اعترف بارتكابه للجريمة المنسوبة إليه فان القاضي لا يجدها منشأ لإعمال قناعته الشخصية و هو ما يدفعه إلى إهمالها أو التخلي عنها تحت تأثير قطعية و قوة الدليل العلمي، وبالتالي يجد نفسه مدفوعا تحت تأثير الدليل العلمي بالإجابة ب "لا" على السؤال الأصلي المتعلق بإدانة المتهم على الرغم من أن القانون لا يفرض عليه تسبب اقتناعه الشخصي⁽¹⁾ طبقا لنص المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية .

هذا و إن درجة تأثير البصمة الوراثية كدليل علمي على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في مجال الإثبات الجزائي يظهر أكثر في جانبه المتعلق بإثبات وقوع الجريمة بعناصرها القانونية أكثر من الجانب المتعلق بإسناد هذه الوقائع للمتهم إذ و في الجانب الأول قد يصعب على القاضي الحكم بل و يستحيل عليه في بعض الأحيان في مسألة توافر الأركان المشكلة للركن المادي للجريمة في غياب الاستعانة بخبرة علمية و بالتالي فلن نبالغ إذا جزمنا بأن الخبرة هنا ستكون الدليل الوحيد على توافر هذه الأركان، وبالتالي فليس للقاضي عمليا أن يبيّن اقتناعه ألا على النتائج المتوصل إليها من طرف الخبير⁽²⁾ و هو ما يجعل من تقرير الخبرة في الواقع الدليل الوحيد الذي يملّي على المحكمة و يبين لها عناصر حكمها نظرا لاعتماد الخبراء على تقنيات و إجراءات خاصة تجعل من تقرير الخبرة من الناحية العملية أمرا يفلت من رقابة القاضي والذي يحرص في مرحلة المحاكمة على بناء حكمه على أسباب قطعية و يقينية تضمن له الوصول إلى الحقيقة القضائية التي تحرره من عذاب الضمير الذي تخلفه لديه الأدلة الكلاسيكية الأخرى لاحتمال قيامها على الزيف و الكذب و لن يجد القاضي ضالته إلا في الأدلة العلمية التي تقلص من هامش الشك لديه و تجعله أكثر ثقة و ارتياحا في مرحلة الحكم التي تعتبر اخطر مراحل الدعوى العمومية لان من خلالها يتقرر مصير المتهم إما بالبراءة أو بالإدانة.

1-د/ فاضل زيدان المرجع السابق ص 321

2-د/حسن عبد السلام جابر المرجع السابق ص35

و من خلال ما سبق بيانه يظهر أن البصمة الوراثية كدليل علمي و إن كانت تلعب دورا بالغ الأهمية في التأثير على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في كل مراحل الدعوى العمومية عن طريق إقامة الدليل ليس فقط على قيام الجريمة بأركانها القانونية و إنما كذلك حتى في إسنادها إلى المتهم إلى درجة أن الاقتناع الشخصي للقاضي نفسه لم يصمد أمام حجيتها في الإثبات لكونها حلت محله و جعلت لنفسها القول الفصل في الدعوى و رغم هذه الأهمية التي تكسبها على الأقل من الناحية العملية فان ذلك لم يشفع لها أن تحتل موقعا موازيا لهذه الأهمية و يبقى الاقتناع الشخصي على قمة وسائل الإثبات بما فيها الأدلة العلمية المادية ليس كوسيلة من وسائل الإثبات و إنما كمبدأ يحمي العدالة من الشطط و الهوى و يصون القاضي من الآثار التي ترتبت على استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات و التي كثيرا ما يشكل استعمالها اعتداء على الحقوق الأساسية للفرد⁽¹⁾

الفرع الثاني: خضوع البصمة الوراثية لمبدأ مشروعية الدليل

ذهب الفقه إلى انه إذا كان صحيحا أن الإثبات في المواد الجنائية لم يعد يعرف فكرة الدليل القانوني على نحو صارت معه كل طرق الإثبات جائزة أمام القضاء الجنائي عملا بمبدأ حرية الإثبات إلا أن ذلك لا يعني أن أي دليل يكون مقبولا أمام هذا القضاء إذ لا شك أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات التي يستقيم مع بنیان القانون الجنائي الموضوعي والإجرائي ينعكس على قواعد الإثبات الجنائي باعتبارها الضمان الحقيقي لانطباقه يفرض خضوعها هي الأخرى "لمبدأ الشرعية" بحيث لا يكون الدليل مشروعاً ومن ثم مقبولا إلا إذا جرت عملية البحث عنه أو الحصول عليه و عملية حمله إلى القضاء و إقامته أمامه في ظل احترام سائر القواعد و الشكليات التي قررها القانون، فشرعية الإثبات الجنائي تستلزم عدم قبول أي دليل يكون البحث عنه أو الحصول عليه قد تم بطريق غير مشروع، فحرية القاضي الجنائي في الإثبات لا تعني أن يجري البحث عن الدليل أو الحصول عليه بأية طريقة بل أن هذا البحث مقيد باحترام حقوق الدفاع من جهة و قيم العدالة و أخلاقياتها من جهة أخرى و مقتضيات الحفاظ على كرامة الإنسان من جهة أخيرة و هو ما لا يمكن أن يتأتى إلا إذا كان البحث عن الدليل قد تم باستخدام إجراءات مشروعة و من هنا فان الطرق غير المشروعة للتحقيق سترتب عليها حتما عدم مشروعية الدليل المستمد منها و عدم قبوله في الإثبات الجنائي تأسيسا على ذلك .

1- محمد أبو القاسم أحمد. الإثبات العلمي و مشكلة التطبيق - بحث منشور في مجلة الأمن و القانون التي تنشرها شرطة دبي السنة الخامسة . العدد الأول جانفي 1997

كما تستلزم شرعية الإثبات من جهة أخرى عدم قبول أي دليل يكون حمله إلى القضاء أو إقامته قد جاء بالمخالفة للقانون أو لحقوق الدفاع ، فإذا كان القانون قد زود الجهات القضائية التي تتولى أمر الدعوى الجنائية بسلطات في مجال جمع الأدلة (مأموري الضبط القضائي) أو البحث عنها (سلطات التحقيق) أو البحث عنها و تقديرها (سلطة الحكم) فإن متطلبات شرعية الإثبات يتواكب مع هذه السلطات و تتزايد متطلباتها مع تزايد السلطات الممنوحة لتلك السلطات فإذا نجحت هذه الجهات في الحصول على دليل فان هذا الدليل لا يمكن حمله إلا إذا كانت متطلبات الشرعية قد احترمت⁽¹⁾

وما قيل عن الأدلة بصفة عامة يصدق على الدليل المستمد من البصمة الوراثية الذي يتطلب إجراء اختباراتها اقتطاع جزء من الجسم و هو ما يشكل مساسا بالسلامة الجسدية للمتهم التي يحميها القانون هذا و إن كانت طريقة جيفري "Jeffrey" في تحليل الحامض النووي تضمن أن لا تعطي الشفرة أية معلومات عن الشخص الذي أخذت منه المادة الخلوية فلا تشير البصمة الوراثية إلى أي شيء عن المتهم ، و لا عن شخصه و لا عن طباعه و لا عن استعداداته الإجرامية أو الوراثية و لا تحدد ما إذا كان الشخص رجلا أو امرأة ، ابيض البشرة أم اسود نحيف أم بدين و لا معرفة استعداداته عن مرض القلب أو الأمراض السرطانية أو العقلية أو غيرها من الأمراض، ورغم ذلك يثير استخدامها في الإثبات الجنائي عدة مشاكل قانونية تتعلق بالسلامة الجسدية و حرمة الحياة الخاصة . و لخطورة العمل بالبصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي نجد أن الإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري الذي صدر عام 1997⁽²⁾ تضمن مبادئ مهمة قصد من ورائها إتقاء المخاطر التي يتخوف منها في هذا المجال .

1-د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية -البصمات و أثرها في الإثبات الجنائي مرجع سابق ص335-337

2-يتكون الإعلان العالمي للجينوم البشري من 25 مادة مشار إليه في رسالة الأستاذة زغيب نور الهدى السابق الإشارة إليها

- لكل إنسان الحق في احترام كرامته و حقوقه أي كانت صفته الوراثية .
- لا يجوز أن يتعرض أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على صفته الوراثية
- لا يجوز السماح بممارسات تتنافى مع كرامة الإنسان .
- أما المجلس الأوروبي فقد ضمن توصيته رقم 1_92 بعض المبادئ التي تكفل الحقوق و الحريات الشخصية للمتتهم و أهمها :
- قصر استخدام تقنيات البصمة الوراثية في مجال البحث الجنائي بناء على ترخيص من المشرع الوطني .
- وجوب إجراء هذه التحاليل في المعامل الطبية التابعة لوزارة العدل أو حاصلة على ترخيص بذلك
- علق إجراء هذه الاختبارات على حصول ترخيص من السلطة المختصة .
- لا يسمح بإجراء هذه الاختبارات إلا في الجرائم الخطيرة .
- و على هدى هذه المبادئ العالمية سارت التشريعات الوطنية و قد سبق الإشارة إلى ذلك عند تعرضنا لموضوع تأطير البصمة الوراثية من الناحية التشريعية و إجمالاً نقول أن إجراء اختبارات البصمة الوراثية في الدول التي أطرت هذه التقنية تشريعياً و بالنظر للضمانات المقررة في قوانينها فإن الدليل المستمد منها يكون مستوفي لشرط المشروعية المتطلب للدليل الجنائي ،و أنه إذا كان فعلاً أن الدليل المادي و منه البصمة الوراثية و بمجرد إخضاع الفرد إلى إختباراتها يفقد حماية قرينة البراءة المفترضة فإن ذلك تقتضيه مصلحة المجتمع و حقه في العقاب و الفرد لا يصبح ملزماً بإثبات براءته إلا بعد ظهور تطابق عيناته البيولوجية مع تلك التي عثر عليها في مسرح الجريمة لذلك نجد المشرع الجزائري في القانون المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية و التعرف على الأشخاص ينص في المادة الثالثة منه (يتعين أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية و استعمال البصمة الوراثية احترام كرامة الأشخاص و حرمة حياتهم الخاصة)

الفرع الثالث: تأثير البصمة الوراثية على مبدأ عبء الإثبات

القاعدة العامة المستقرة في التشريعات الجنائية المقارنة تقوم على فكرة أن عبء الإثبات في الدعوى الجزائية يقع على عاتق المدعي بالحق العام و هي النيابة العامة حتى وان تحريك هذه الدعوى تم من المدعي بالحق المدني، ذلك أن النيابة هي التي تستعمل الدعوى الجنائية، في حين أن الثاني يقف دوره عند حد تحريكها دون استعمالها، ولأن خصومة هذا الأخير لا تتعدى الدعوى المدنية و هي لا تمتد أصلاً إلى الدعوى الجزائية و دور النيابة لا يقتصر على إثبات الاتهام بل يتعداه إلى البحث عن الحقيقة.

و يقابل عبء الإثبات الملقى على عاتق جهة المتابعة مبدأ البراءة المفترضة في حق المتهم وهذا حتى لا تكون حقوقه و حرياته عرضة للانتهاك إزاء ما تتمتع به النيابة من سلطات في المتابعة الجزائية.

و إذا تمكنت جهة المتابعة من إيجاد شك من خلال التحريات التي باشرت ضد المتهم. فإن قاعدة البراءة الأصلية تؤدي به الى نتيجة تركزها قاعدة أخرى "الشك يفسر لصالح المتهم".

وهذه المزايا المخولة للمتهم الغرض منها تحقيق تكافؤ بينه و بين جهة المتابعة التي تتمتع بسلطات غاية في الأهمية بالنسبة لحريته و حقوقه الشخصية⁽¹⁾

ورغم هذه المحاولات في خلق التوازن إلا أن عبء الإثبات و في ظل نظام الإثبات الحر لا زال يعتريه الكثير من الخلل لكونه لم يعد يسير وفق المنطق المرسوم له من طرف واضعي نظام الإثبات الحر و ذلك لان جهة المتابعة تعتمد تطبيق القاعدة المدنية في الإثبات "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" بدلا من قاعدة البراءة الأصلية.

1- أغليس بوزيد المرجع السابق ص 97-99

وما زاد الوضع تعقيدا هو زيادة العمل بالقرائن خاصة منها القاطعة التي تقضي على قرينة البراءة الأصلية و للتخفيف من ذلك اقترح الدكتور مروان الابتعاد الكلي عن القياس بين الإثبات المدني و الجزائي و الإبقاء على القرائن التي وضعت في غير صالح المتهم و التخفيف من قوتها و إطلاقها بمعنى الإبقاء على سريانها مع إعطاء إمكانية إسقاطها بالدليل العكسي⁽¹⁾

وازدادت معاناة نظام الإثبات الحر، مع ظهور الأدلة العلمية بالرغم من حاجته الماسة إليها لتحقيق السياسة العقابية للدولة لكون هذا النوع من الأدلة طغى على الأدلة المعنوية و انتشر العمل به و ذلك للثقة التي إكتسبتها بسبب قوته العالية في الإثبات و ربط الجريمة بالجرم، وترتب عن هذا النوع من الأدلة العلمية أن أصبح المتهم بمجرد أن يتم إخضاعه إلى اختبار من اختبارات هذه الأدلة أو يتم العثور على دليل يتبعه في مسرح الجريمة في مركز المدافع عن براءته. إذ كيف يتسنى له الدفاع عن نفسه في مواجهة دليل مبني على أسس علمية ثابتة.

1-محمد مروان مرجع سابق ص 51

المطلب الثاني: تأثير البصمة الوراثية على أدلة الإثبات

سبق لنا أن بينا أن الأدلة الجنائية تقسم إلى تقسيمات مختلفة وقد فضلنا مع بعض ذلك التقسيم الذي يقسمها إلى قولية وفنية ومادية ورأينا أن المقصود بالأدلة القولية من تلك التي تصدر عن الغير من أقوال وتؤثر في اقتناع القاضي بطريق مباشر من خلال تأكده من صدق هذه الأقوال والأدلة الشفوية هي الاعتراف وشهادة الشهود، أما الدليل الفني فهو ذلك الدليل الذي ينبعث من رأي فني، أما الدليل المادي فهو الدليل الذي يستخلص من المعاينة والتفتيش وضبط الأشياء، وبعد ظهور الأدلة المادية العلمية ساد جدل فقهي ساحب حول من من هذه الأدلة يسود وهذا بالنظر إلى مزايا وعيوب كل نوع منهما.

والبصمة الوراثية كدليل علمي مادي يفيد في ربط الجريمة بالجرم بل وقد يؤدي استخدامها إلى ربط إرتكاب عدة جرائم بفاعل واحد بعينه كما تفيد في الكشف عن الجرائم الخطرة والمعقدة كالجرائم الإرهابية وغيرها.

ونظرا لانتشار العمل بالأدلة القولية في الحياة العملية مع ما يترتب على ذلك من آثار سلبية سواء بالنسبة للفرد أو المجتمع وحتى للعملية الإثباتية وسياسة العقاب بصفة عامة نحاول من خلال هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين الاطلاع على مدى تأثير البصمة الوراثية عليهما.

الفرع الأول: تأثير البصمة الوراثية على الاعتراف.

الاعتراف في المواد الجزائية نصت عليه المادة 213 ق إ ج دون تعريفه و اعتبرته عنصر من عناصر الإثبات يترك تقديره للقاضي.

و يشترط في الاعتراف الذي يعتد به ويجيز للمحكمة الاكتفاء به و الحكم على المتهم بغير سماع الشهود أن يكون من المتهم على نفسه صريحا لا ليس فيه وان ينصب على الواقعة لا على ملابساتها و يكون مصدره مميزا صادرا عن إرادة حرة وان يكون قضائيا⁽¹⁾.

و تقدير الاعتراف يخضع لسلطة المحكمة شأنه في ذلك شأن كل الأدلة التي تحقق اليقين و حكم القاضي بناء عليه يقتضي أن هذا الدليل (الاعتراف) محاطا بالشروط المقررة قانونا و المكرسة قضاء لحماية حقوق هذا المتهم⁽²⁾.

1-د/العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر المرجع السابق ص 83

2-أغليس بوزيد المرجع السابق ص 162-163

و يعتبر الاعتراف سيد الأدلة في القانون المدني و هو دليل كسائر الأدلة في المواد الجزائية ،وللاعترا ف تأثيره البالغ في وجدان السامع لان الطبيعة البشرية ميالة إلى تصديق المذنب إذا اقر بذنبه على أساس أن ذلك يشكل عودة إلى السلوك القويم ، وغالبا ما يكون المتهم صادقا لأنه يشهد على نفسه و يعبر عن استعدادده لتحمل العقاب غير أن هذه النظرة البسيطة للأمور تخفي ورائها في بعض الأحيان كثيرا من التحايل والمراوغة و التلاعب بأصحاب النوايا الحسنة و ذلك أن المعترف قد يكون متحايلا لأنه قد يندفع إلى الاعتراف قاصدا التضحية بنفسه من اجل إنقاذ شخص آخر يعتبر الفاعل الحقيقي للجريمة بحكم الصلة التي تجمع بينهما أو يكون قصده الحصول على فائدة مادية أو معنوية⁽¹⁾ .

كما قد يكون الانتحار بالنفس كأن يكون المتهم يئسا من ظروف الحياة فيستسلم للقضاء و يعترف عن غير صدق بصحة الفعل المنسوب إليه خاصة إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي الإعدام أو السجن المؤبد.

وبالإضافة إلى هذه الاعتبارات التي تجعل الاعتراف غير صادق فان السمة الغالبة في المجرمين اليوم هي الإنكار الذي أصبح يشكل ظاهرة عامة لدى المجرمين المحترفين الذين يشكلون خطرا على المجتمع أكتسب من الممارسة في دنيا الجريمة الكثير من الخبرة والتجربة فاعتاد المناورة في التحقيق و القدرة على الاستمرار في الإنكار تحت كل الظروف ، بل و تلفيق التهم للأبرياء لتضليل العدالة بهدف الإفلات من العقاب خاصة و أن القوانين الحديثة تحرم اللجوء إلى الإكراه للحصول على الاعتراف⁽²⁾

و لتجاوز هذا النقض في الإثبات يصبح اللجوء إلى الأدلة المادية و التي تعتبر البصمة الوراثية واحدة منها ضروريا لما تتمتع به هذه التقنية من دلالة قطعية في الإثبات تبعث على الارتياح و الاطمئنان إليها.

و لعل في بعض القضايا التي سبق لنا استعراضها التأكيد على ما نريد التوصل إليه من خلال هذا الفرع.

فالرئيس الأمريكي بيل كلينتون قبل أن يعترف بعلاقاته الجنسية مع مونيكا لوينسكي وجد نفسه تحت تهديد إجراء اختبار **DNA** وذلك لان مونيكا قدمت فستانا عليه بقع وآثار سائل منوي ادعت أنها الآثار المتبقية من علاقة جنسية سابقة مع بيل كلينتون و نتيجة لذلك تم تحويل هذا الدليل إلى المخابر الجنائية المختصة لتحليل هذه البقع بمعرفة مكتب التحقيقات الفيدرالي (FBI) عن طريق **DNA** وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه الآثار تعود لبيل كلينتون أم لا .

1-نجيمي جمال مرجع سابق ص165-166

2-أ محمد احمد غانم مرجع سابق ص210

فلم يجد الرئيس السابق بديلاً عن الاعتراف بعلاقته الجنسية ومن ثم الرجوع عن الأقوال التي كان قد أدلى بها بصورة مسبقة و التي أنكر بموجبها أن تكون له أية علاقة جنسية مع مونيك لوينسكي⁽¹⁾

ففي هذه القضية البصمة الوراثية دفعت الرئيس الأمريكي السابق إلى التراجع عن إنكاره و الاعتراف بما نسب إليه.

وقد تساعد البصمة الوراثية باعتبارها دليل إثبات و نفي في تبرئة متهم ما يكون قد اعترف بما نسب إليه لأي سبب من الأسباب و خير مثال على ذلك قضية الفرنسي باتريس بادة الذي أُلقت الشرطة القبض عليه في 1996/07/20 بعد يومين من ارتكاب جريمة اغتصاب و قتل شابة إنجليزية اسمها "كرولينديسكينون" في مدينة "بلين فوجير" *pleine fougères* واعترف المشتبه في أثناء حجزه بأنه هو مرتكب تلك الجريمتين و نتيجة لذلك الاعتراف تابعت النيابة بالقتل و الاغتصاب و من ثم قرر قاضي التحقيق توقيفه في ذلك الحين ولكن بعد ذك بعدة أسابيع قرر قاضي التحقيق إخلاء سبيله لأنه تبين نتيجة المقارنة بين نتائج اختبارات (الدنا) التابع للمتهم مع عينة تركها الفاعل على مسرح الجريمة أن النتائج كانت سلبية، وتبين بأنه لا يمكن أن يكون هذا المشرد الذي لا يملك سكناً محددًا مرتكب لجريمتي الاغتصاب و القتل⁽²⁾ وفي هذه القضية الفضل يعود لاختبارات البصمة الوراثية في إخلاء سبيل المشتبه فيه رغم اعترافه بما نسب إليه.

و من خلال هذين المثالين يبدو أن الاعتماد على الأدلة العلمية الحديثة ومن بينها اختبارات الشفرة الوراثية **DNA** و ما يكشف عنه من أدلة مادية في مجال البحث الجنائي و التعامل فيها معها يصبح من أكثر مستلزمات التحقيق الجنائي الفني، لأنه ذو فائدة مزدوجة فهو إما أن يدفع بالمتهم إلى الاعتراف و إما أن يعمل بشكل مستقل كدليل يمكن أن يصل إلى حد الاقتناع بالإدانة و هو الدليل الذي يمكن الاعتماد عليه في توجيه أوجه القصور في العملية الإثباتية و إبعاد ما قد يطرأ عليها من جوانب سلبية.

1-د/فواز صالح المرجع السابق ص211-212

2-د/فواز صالح المرجع السابق ص256

الفرع الثاني: تأثير البصمة الوراثية على الشهادة.

الشهادة في القانون تقوم على إخبار شفوي يدلي به الشاهد في مجلس القضاء بعد يمين يؤديه على الوجه الصحيح⁽¹⁾ لما يكون قد أدركه بحاسة من حواسه كالبصر في حالة مشاهدته للجاني و هو يطلق النار أو يطعن الجاني عليه بالخنجر أو يدهسه بسيارته أو كالسمع في حالة تلقي السمع لعبارات القذف و السب التي صدرت من الجاني في حق الجاني عليه .وهي دليل شفوي تدل على وقوع الجريمة أو نفيها و تفيد المحقق في تحرياته و تحقيقاته ،والشهادة من أكثر الأدلة شيوعا أمام المحكمة في الحياة العملية.

و الشهادة سلاح ذو حدين في الإثبات الجنائي ،فعندما تكون صادقة واضحة صادرة عن عدل تستنير بها المحكمة وبالدليل المستمد منها لكشف الحقيقة ،وحين تصدر عن شخص عديم الضمير يستعملها وسيلة لتضليل المحكمة أو الانتقام حينها يدلي بوقائع مخالفة للحقيقة إما لعدم دقة ذاكرته و إما لتأثره بمصلحة شخصية يتحصل عليها من وراء شهادته المضللة لذلك نجد أن التشريعات أوجبت على المحقق و القاضي التأكد من صدق أقوال الشاهد لان كذبه متوقع في غالب الأحوال ذلك أن هناك عدة عوامل طبيعية و نفسية تؤثر على الشاهد

فالعاطفة و الانفعال و الخجل و العداوة و النسب و القرابة و المزاج و العاهات و الطبقية و الثقافة و القدرات الفردية كل هذه العوامل لها تأثير سلبي على دقة و صدق ما يدلي به الشاهد من معلومات فالعديد من هذه العناصر له تأثير سلبي على القيمة الإثباتية للشهادة .

1-نادرا ما يوجد شاهد رؤية يدلي بشهادة مباشرة على جريمة وقعت أمامه لان حرص المجرم عند ارتكابه لجريمته يحرص اشد الحرص من انعدام أي شاهد على مسرح الجريمة و لذلك فمن الغالب أن تكون شهادة الشهود مبنية على معلوماتهم المتصلة بظروف الحادث تكون غير مباشرة و هو أمر يدعو إلى الحيطه و الحذر و التأكد من صحة ما يدلون به من معلومات ،ضف إلى ذلك عامل النسيان الذي ينقص من بعض الوقائع الخاصة بالحادث ،وهو ما يؤدي إلى عدم كفاية المعلومة التي يدلي بها الشاهد.

2-اختلاف المستوى الثقافي بين الأشخاص له تأثيره في استقبال الحادث و فهمه ثم نقله مرة أخرى بصورة تعبر عن وجهة نظر الشاهد تبعا لقدراته على الإدراك و الاستيعاب كما أن للفوارق الفردية و اختلافاتها تأثيرا بالغا في الاستقبال و التخزين و الاسترجاع من الذاكرة الأمر الذي يعكس عدم كفاية و دقة المعلومات التي يدلي بها الشاهد.

1-أغليس بوزيد المرجع السابق ص 150

3- تأثير المشاعر العاطفية و ما يرتبط بها من أحاسيس فالحب متمثلا في الأبوة أو البنوة وصلة الدم و الصداقة و الزواج و الكراهية و الخصومة كل ذلك يعتبر عامل مؤثر على أمانة المعلومات التي يدلي بها الشاهد خاصة مع ضعف الوازع الديني و الإعلامي مما يفترض موقفا أكثر تشددا و تحفظا عند استقبال هذه المعلومات.

4- ظاهرة تفشي شهادة الزور التي أصبحت لدى البعض مهنة يسترزقون منها لذلك تكون مثل هذه الشهادة محل شك و تؤدي إلى حفظ التحقيق أو الحكم فيه بالبراءة⁽¹⁾

وبالنظر لكل هذه السلبيات التي تحيط بالشهادة كدليل إثبات يغدو الدليل المادي أكثر من ضرورة في صقل العملية الإثباتية بشيء من القوة، ففي مجال الشهادة يراجع الدليل المادي و يصحح أقوال الشهود فيؤكد أو يكذب الشاهد، لان المنطق السليم يؤكد تساند الأدلة، وان عناصر الحقيقة لا يمكن أن تتعارض فيما بينها بل هي متجانسة و متكاملة.

كمقارنة بين البصمة الوراثية و الشهادة فان البصمة الوراثية أكثر صدقا من الشهادة لأنه لا تعثرها عوامل الضعف التي تعثر الشهادة فهي شاهد صامت كما أطلق عليها البعض تكشف عن الحقيقة وفق أسس علمية ثابتة و قاطعة و هكذا يمكن أن تعزز الشهادة أن تطابقت معها في الواقعة محل الإثبات . كما يمكن لها أن تلغيها تماما أن جاءت الشهادة مخالفة للواقع⁽²⁾

1- محمد احمد غانم مرجع سابق ص 208-210

2- الهام صالح بن خليفة المرجع السابق ص 149

الخاتمة

الختام

بعد هذه الرحلة الطويلة التي خضتها في رحاب المعطيات العلمية التي أصبحت تفرض نفسها كواقع ملموس يتعين مواجهته و تأطيره لاجتناب ما قد يترتب عليه من مخاطر و أحكام الفقه الإسلامي ذات العلاقة بالموضوع و التي تشكل إرثاً حضارياً مهماً يتعين صقله و تطويره ليواكب التطورات العلمية و التشريعات الوضعية المستمدة منه و التي يجب المضي من خلالها إلى الجزئيات بدل الإبقاء على جمودها لتصبح مواكبة للحركة العلمية الدءوبة و من خلال كل هذه المتناقضات يمكن إستخلاص النتائج و التوصيات التالية :

- البصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على كل فرد بعينه و تحدد طبيعته الصحية بالتحليل الوراثي لجزء أو أكثر من الحمض النووي بطريقة شبه يقينية و أنها وسيلة لا تكاد تخطئ من الناحية العلمية و هي تستند في الإثبات على حقيقة علمية مؤداها أن لكل شخص تفرد بيولوجي خاص به يأخذه من أبويه بالتساوي لحظة الإخصاب يمنحه الإستقلال بنظام وراثي فريد يتميز به عن غيره و أن هذا النظام ثابت لا يتغير من لحظة الميلاد بل و حتى قبلها إلى ما بعد الوفاة ،و يمكن إستخلاصه من مصادر متنوعة لتطابق بصمة الشخص في كل عيناته .
- البصمة الوراثية من حيث الطبيعة الذاتية تعتبر من قبيل الأشخاص لكونها تستخلص من مصادر بيولوجية آدمية لذلك فإن الحماية المقررة لجسم الإنسان تمتد إليها بالتبعية
- البصمة الوراثية في الإثبات تعتبر من قبيل القرائن الفعلية أو القضائية أو ما يطلق عليه بالأدلة المادية أو العلمية لذلك يتعين أن تأخذ حكمها و تنزل منزلتها .
- و لما كانت نتائج البصمة الوراثية قاطعة تحقق اليقين المطلوب فإنه يمكن الإعتماد عليها في إثبات النسب المتنازع عليه أو نفيه ،و يستعان بها لتأكيد صحة أو بطلان الأدلة التقليدية من الزوجية و البينة و الإقرار خاصة في حالة التعارض و الاختلاف ،و في هذا الإطار يتعين تدخل المشرع لتعديل المادة 40 الفقرة 02 من قانون الأسرة ليوضح و يحدد بدقة الحالات التي يمكن فيها إستعمال البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب بالفراش .
- يتعين على المشرع في مجال قانون الأسرة الإنتقال من نظام القرينة القاطعة إلى نظام القرينة البسيطة حتى يتحقق التوازن بين الرجل و المرأة في مجال شروط الفراش المبنية على الظاهر كالمدة الدنيا و المدة القصوى للحمل و الغيبة و الحالات اللاحقة بها .

- يتعين على المشرع النص صراحة على اللعان و شروطه من خلال إضافة مادة لقانون الأسرة
- البصمة الوراثية لا تقدم و لا تعارض اللعان ، و لكن يمكن أن تكون شرطا قبل توقيعه حتى تؤدي إلى
التقليل منه

- و من خلال هذه الدراسة و الممارسة القضائية يظهر لي أنه يجب تعديل قانون الحالة المدنية و جعله
لاحقا لقانون الأسرة و مطابقا له خاصة في مجال تسجيل المواليد الناشئين عن علاقات غير شرعية
و اللقطاء .

- أما في المجال الجزائري فإن البصمة الوراثية و بعد أن أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 16 - 03 المؤرخ
في 2016/06/11 و المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية و التعرف على
الأشخاص يكون قد قطع الشك باليقين و عول عليها في هذا المجال كدليل إثبات مادي علمي أحاطها
بسياج منيع من الضمانات المعمول بها في التشريعات الدولية و المقارنة .

- حيث أن القانون المنوه عنه أعلاه علق المشرع تطبيق بعض أحكامه على صدور التنظيم لذلك يتعين
الإسراع لإصدار هذا التنظيم حتى لا تبقى أحكام هذا القانون المعلقة عليه بدون تطبيق .

- صدور هذا القانون يشكل بداية عهد جديد لذلك يتعين فتح حوار شامل و دائم بين المتخصصين في
مجال البيولوجيا و رجال القانون و الشرع لخلق قواعد عمل ملائمة و مشتركة ، و بدخول هذا القانون
حيز التطبيق بات ضروريا العمل على تكوين القضاة في مجال البصمة الوراثية أمرا ضروريا ليتمكنوا من
أداء مهامهم اليومية بندية مع خبراء البيولوجيا

و ختام القول أن يحوز هذا البحث المثوبة و القبول عند الله و الإستحسان لدى القارئ و إن كنت أعلم من
نفسي النقص و الخطأ فذلك من سمات الخلق و يكفيني أنني أخلصت النية لله وحده و استنفذت ما بوسعي من
جهد ووقت و مال ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت ربنا لا تواخذنا إن
نسينا أو أخطأنا و لا تحمل علينا إسرأ كما حملته على الذين من قبلنا و لا تحملنا ما لا طاقة لنا به
و اعف عنا و اغفر لنا و ارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين ﴾

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: القرآن

ثانيا: القواميس و الموسوعات

أ- القواميس :

1. جمال الدين محمد مكرم ابن منظور - لسان العرب - دار صابر بيروت الطبعة الثانية 1994 .
2. العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب المعروف بالفيروز آبادي الشيرازي - القاموس المحيط - الطبعة الأولى 1979 الهيئة المصرية العامة للكتاب .
3. المنجد في اللغة و الإعلام - إعداد مجموعة من أهل اللغة و الباحثين تحت إشراف المطبعة القانونية دار المشرق - بيروت الطبعة الثالثة و الثلاثون 1992 .
4. المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة .
5. التعريفات للعلامة علي بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني الطبعة الأولى 1983 دار الكتب العلمية بيروت .
6. الموسوعة العربية العالمية .
7. العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ القيومي المتوفى سنة 770 هـ : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي

ب- الموسوعات :

8. الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف طبعة ذات السلاسل الكويت الطبعة الأولى 1995 .
9. موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة - د/عبد الباسط محمد الجمل و د / مروان عادل عبده - الجزء الأول - بصمة الحامض النووي المفهوم و التطبيق الطبعة الأولى جوان 2006 .

ثالثاً : الكتب و المؤلفات

أ-المراجع المتخصصة :

10. د.عبد الرحمان أحمد الرفاعي . البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .دراسة فقهية مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية .الطبعة الأولى 2013 .
11. د- عبد الرحمن الحنيطي : استخدام البصمة الوراثية في التعرف على الهوية ، الطبعة الأولى 1999 منشورات أكاديمية نايف الأمنية العربية للعلوم الأمنية الرياض .
12. د/ سعد الدين مسعد هلالى ، البصمة الوراثية و علائقتها الشرعية ، منشورات كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية بجامعة الكويت الطبعة الأولى 2001
13. د/ حسني محمود عبد الدائم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،دار الفكر الجامعي طبعة 2007
14. د/ حسني محمود عبد الدائم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،دار الفكر الجامعي طبعة 2011.
15. د/ سفيان بن عمر بورقعة - النسب و مدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته - دار كنوز اشبيلية للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية .
16. د/حسام الأحمد - البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب - منشورات الحلبي الحقوقية طبعة 2010 .
17. د/ خليفة على الكعبي -البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية - دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن الطبعة الأولى 2006 .
18. د / محمد الشناوي - البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات الجنائي - القاهرة الطبعة الأولى 2010 .
19. د/ محمد لطفي عبد الفتاح - القانون الجنائي و استخدامات التكنولوجيا الحيوية -دراسة مقارنة دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع طبعة 2010.
20. د/ إبراهيم صادق الجندي و المقدم حسن حسني الحصري - تطبيقات البصمة الوراثية DNA في التحقيق و الطب الشرعي - الأكاديميون للنشر و التوزيع الأردن الطبعة الأولى 2014 .
21. د/ رمسيس بهنام - البوليس العلمي أو فن التحقيق - منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة 1996
22. د/ عوض عبد التواب - الطب الشرعي و التحقيق الجنائي - دار المعرفة ، القاهرة مصر 1987.
23. المقدم د/ بدر خالد الخليفة - توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة - الطبعة الأولى الكويت 1999

24. د/ أشرف عبد الرزاق ويج - موقع البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب الشرعية - دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2006 .
25. أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة - وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر - دار الفكر الجامعي الإسكندرية. طبعة 2010 .
26. د/ أسامة الصغير - البصمات وسائل فحصها و حجيتها في الإثبات الجنائي - دار الفكر و القانون طبعة 2007 .
27. د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية .البصمات وآثارها في الإثبات الجنائي .دار الجامعة الجديدة طبعة 2011.
28. د/ طارق إبراهيم الدسوقي عطية .البصمات وآثارها في الإثبات الجنائي .دار الجامعة الجديدة طبعة 2016.
29. د/ ضياء الدين حسن فرحات . البصمات .دار المعارف .طبعة 2005
30. أ/محمد أحمد غالم الجوانب الشرعية و القانونية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية دار الجامعة الجديدة طبعة 2005.
31. د/حسين المحمدي -بوادئ الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي - منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة 2007.
32. د/ مارك نصر الدين - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003 .
33. د/ عطا عبد العاطي السنباطي - بنوك النطف و الأجنة - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، 2001.
34. د/ أحمد محمد بدوي - نقل وزراعة الأعضاء البشرية - سعد سميك للمطبوعات القانونية القاهرة. طبعة 1999 .
35. د/ رايس محمد - المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - دار هومة - الجزائر 2007.
36. د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد ، الحماية القانونية للجنين البشري (الاستنساخ و تداعياته) ، الناشر دار النهضة العربية طبعة 1988.
37. د/ بلحاج العربي - أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية و القوانين الطبية المعاصرة- دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر و التوزيع . الأردن طبعة 2012 .
38. د/ الشاعر عبد المجيد و مشاركوه-بنوك الدم - دار المستقبل للنشر 1993 .

39. د/ إبراهيم صادق الجندي ، الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية (الرياض أكاديمية نايف العربية للعدالة الأمنية) طبعة 2000 .
40. د/مضاء منجد مصطفى ، دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض طبعة 2007
41. أ.د إبراهيم صادق الجندي و المقدم حسيني حسن الحسيني ، تطبيقات تقنية البصمة الوراثية (D.N.A) في التحقيق و الطب الشرعي ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الطبعة الأولى ، الرياض 2002 .
42. د/ حاتم أمين محمد عبادة ، العلاج الجيني و الفحوص الوراثية بين المعطيات العلمية و الأحكام الشرعية ن دراسة فقهية مقارنة ، طبعة 2010 دار الفكر الجامعي .
43. أ.انس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب ، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2010
44. د/ وجدي عبد الفتاح سواحل . الهندسة الوراثية الأساليب والتطبيقات في مجال الجريمة . مركز الدراسات والبحوث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض 2006
45. د/أحمد حسام طه تمام.المسؤولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجنس البشري دراسة مقارنة . الهيئة المصرية العامة للكتاب 2006
46. د/ سه ركول مصطفى . البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب . دار الكتب القانونية . مصر دار شتات للنشر والبرمجيات . مصر طبعة 2010
47. د/ تشوار جيلالي . الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية . ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون . الجزائر طبعة 2001 .
48. دة / زبيدة إقروفة . التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . دار الهدى عين مليلة الجزائر . طبعة 2010.
49. دة / زبيدة إقروفة.الإكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب .دراسة فقهية قانونية دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع .طبعة طبعة 2012
50. د/ أحمد محمد لطفي أحمد . التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء . دار الفكر الجامعي طبعة 2006

51. د/عمر بن محمد السبيل . البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية بدون سنة للنشر ولا دار النشر.
52. د/ أوان عبد الله الفيضي الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي المدني دراسة مقارنة - الكتاب الأول - دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة النشر 2017 .
53. د/ أوان عبد الله الفيضي الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية في الإثبات القضائي المدني دراسة مقارنة - الكتاب الثاني - دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة النشر 2017 .
54. د/ أوان عبد الله الفيضي-البصمة الوراثية المفهوم و المشروعية -دراسة تحليلية مقارنة في الإثبات القضائي المدني - دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة النشر 2017 .
55. د/ أوان عبد الله الفيضي - الحجية الشرعية و القانونية للبصمة الوراثية في نفي النسب -دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر سنة النشر 2017
56. أ. الهام صالح بن خليفة - دور البصمات و الآثار المادية في الإثبات الجنائي - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن 2014.
57. د/طارق إبراهيم الدسوقي عطية - البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي -دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2016 .
58. د/ جميل عبد الباقي الصغير- أدلة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة- دار النهضة العربية 2002.
59. د/ محمد حماد مرهج الهيتي - الأدلة الجنائية المادية - دار الكتب القانونية مصر - الإمارات دار شتات للنشر و البرمجيات مصر - الإمارات طبعة 2014 .
60. د/كمال محمد عواد- الضوابط الشرعية و القانونية للأدلة الجنائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر الطبعة الأولى 2011 .

ب: المراجع العامة :

61. أ.د عبد العزيز ابن عبد الرحمان الصالح - البصمة الوراثية - سلسلة الكتب العلمية الثقافية - مركز بحوث كلية العلوم جامعة الملك سعود طبعة 2007 .
62. د/ أريك الأندر - الشفرة الوراثية للإنسان بحث العلم و القانون ومحقق الهوية الأخيرة- ترجمة د/ أحمد مستجير - سلسلة كت عالم المعرفة الكويت 1997 .
63. د/ سيد محمد غنيم- سيكولوجية الشخصية- الطبعة الأولى الناشر دار النهضة العربية

64. د/ ياسر أحمد كامل - المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق ، طبعة 1995 - 1996 دار النهضة العربية
65. د/ محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق بوجه عام - المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1985 ، ص 49.
66. د/ يوسف قاسم - النظرية العامة للفقهاء الإسلاميين - دار النهضة العربية 1987 .
67. محمد محي الدين عبد الحميد - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعة أولى 1984
68. د/ عبد العزيز سعد - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري طبعة 1989 .
69. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري - دار أحياء التراث بدون سنة للطبع
70. د/ بكوش يحيى - أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع 1981
71. يوسف القرضاوي الحلال و الحرام - الدار البيضاء المعرفة 1985 - فتاوى معاصرة ط3 الكويت دار القلم 2003.
72. د/ محمد مروان - الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري - الجزء الأول دون طبعة.ديوان المطبوعات الجامعة سنة 1999
73. د/العربي الشحط عبد القادر و نبيل صقر- الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والإجتihad القضائي - موسوعة الفكر القانوني دار الهدى عين مليلة 2006
74. د/محمد نصر محمد . أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة مكتبة القانون و الاقتصاد الرياض . طبعة 2014 ص 14
75. أ.د. مروك نصر الدين- محاضرات في الإثبات الجنائي ج 1 - دار هومة طبعة 2014.
76. .أ.د / مروك نصر الدين - محاضرات في الإثبات الجنائي - ج2 أدلة الإثبات الجنائي دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع - الجزائر طبعة 2014
77. أ.غليس بوزيد- تلازم مبدأ الإثبات الحر بالاقتناع الذاتي للقاضي الجزائري- دار الهدى عين مليلة الجزائر . طبعة 2010

78. د/ رؤوف عبيد- مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري . الطبعة الثالثة عشر- دار الفكر العربي
1978.

79. د/نجيمي جمال . إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي . دار هومة طبعة 2011

80. د/فضيل العيش - شرح قانون الإجراءات الجزائية - دار البدر 2008

81. د/بلحاج العربي - الوحييز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الجزء الأول الزواج و الطلاق . ديوان
المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة 2004

82. أ.د/عبد الخالق حسن يونس -عقم الرجال بين الإسلام و الطب - الدار العربية للعلوم . مطبعة المتوسط
.بيروت لبنان . الطبعة الأولى 2002.

83. د/مصباح عبد الحي النجار و د/ إياد أحمد إبراهيم - مستجدات طبية معاصرة من المنظور الفقهي -
مكتبة الرشد ناشرون المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى 2005.

84. د/عبد الوهاب شيباني - مدخل إلى الهندسة الوراثية - دار الغرب للنشر و التوزيع طبعة 2001.

ب :المراجع باللغة الفرنسية :

85. Alain Buquet –Manuel de criminalistique moderne et de police
scientifique .PUF 4 ème édition aout 2008

86. Raphaël coquez et Franco Taroni- preuve par L'ADN la génétique
au servie de la justice -presses polytechniques et universitaire remandre
deuxième édition

87. ANDRE TARBY – la bioéthique ce qu'elle est- ce que dit le droit
- éditions du puits fleuri

88. Frederic Salat- Baraux – les lois de bioéthique 1998 collection
daloz

رابعا : البحوث و الدراسات

أ-بالغة العربية :

89. د. محمد المختار السلامي - التحليل البيولوجي للجينات البشرية و حجته في الإثبات - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون الذي عقد بدولة الإمارات العربية بمدينة العين في الفترة من 05 إلى 07 ماي 2002 .
90. د/رائد برهامي أبو بكر عزمي - الاتجاهات العلمية الحديثة في علوم البصمات - بحث مقدم للحصول على دبلوم الأمن العام من أكاديمية الشرطة بالقاهرة 1993.
91. القاضي وليد العاكوم - البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات - بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون المنظم من طرف جامعة الإمارات المتحدة بين 05 و 07 مايو 2002 .
92. د/ ناصر عبد الله الميمان - البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب - بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون العدد 18 جانفي 2003.
93. د./ فواز صالح - البصمة الوراثية - بحث منشور بالموسوعة القانونية المتخصصة المجلد الأول . الطبعة الأولى ص 10 جامعة دمشق . سوريا.
94. د/ عباس فاضل سعيد و د/ محمد عباس حمودي - استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي مجلة الرافدين للحقوق المجلد (11) العدد 41 لسنة 2009.
95. د/ أبو الوفا محمد أبو الوفا ، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، بحث قدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون الذي عقد بكلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة في الفترة ما بين 05 و 07 ماي 2002م المجلد الثاني .
96. د. عبد الرحمن خلفي - دور الهندسة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي - بحث منشور ضمن مجموعة من البحوث في مؤلفة الموسوم بأبحاث معاصرة في القانون الجنائي المقارن ، نظرة حديثة للسياسة الجنائية ، دار الهدى عين مليلة الجزائر طبعة 2014
97. د/ فوار صالح - حجية البصمات الوراثية في الإثبات دراسة قانونية مقارنة - بحث منشور في كتاب علماء مكرمون ، محمد عزيز شكري بحوث و مقالات مهداة إليه دار الفكر - آفاق معرفة متجددة طبعة 2007.
98. د/ صبري محمد خاطر ، القانون و الجين البشري ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثالث دار الحكمة بغداد 2001
99. د/ وجيه خاطر، نقل و زرع أعضاء الجسم البشري، المجلة العربية للفقه و القضاء السنة الثامنة سنة 1991.

100. د/بلحاج العربي –الجوانب القانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية في ضوء قانون الأسرة الجزائري

الجديد . بحث منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول 2012 ص 30

101. د/محمد بن يحيى حسن النجيمي – التحليل البيولوجي للعينات البشرية وحججه في الإثبات مقال

منشور بالمجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب . العدد 37 سنة 2004 تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية .

102. د.علي القرة داغي – البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي – بحث مقدم خلال الدورة السادسة

عشر بالمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة من 01 إلى 05 2002/10/ .

103. د/ فؤاد عبد المنعم أحمد – البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة و القانون – بحث

منشور في مؤلفة الموسوم " بحوث في السياسة الشرعية و القضايا المعاصرة " – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية طبعة 2001.

104. د/محمد مروان – المبادئ الأساسية التي تحكم الإثبات في المسائل الجنائية في قانون الإجراءات الجنائية

الجزائري- بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن منشورات الحلبي العدد الأول 2003.

105. أ.ة مسايلى فتيحة- أدلة الإثبات الجزائي- بحث منشور بموسوعة الفكر القانوني العدد السادس سنة

2004.

ب-باللغة الفرنسية :

106. Dr; Claude bureau- Test et empreinte génétiques rapport présenté

dans le cadre d'une mission de recherche droit et justice PUF1999

.

107. Loic Cadiet – la notion d'information génétique en droit français

108. Peter Schneider "évolution de la base de données D'ADN Nationale

allemande et de la situation européenne –article présente lors du colloque consacre au fichier national paru dans un livre intitulé "les fichiers des empreintes génétique en pratique judiciaire – sous la direction de Christian domtremmpuich – documentation française Paris 2006.

109. Christian HASSEN FRATZ le fichier des empreintes génétiques en France article présenté lors du colloque consacré au fichier national automatisé des empreintes génétiques p51 .

110. Philippe Mallet.le fichier national automatisé des empreintes génétiques ,article présenté lors du colloque consacré au fichier national des empreintes génétiques p8

111. Françoise furke : le droit de l'enfant à connaître ses origines Variations comparatistes : article présenté dans une journée d'étude organisé par le laboratoire d'étude de recherche appliquée au droit prive de l'université de Lille 2 le 05 et 06 /12/1996

رابعاً : الرسائل

أ-باللغة العربية :

112. أ/ محافضي محفوظ- البصمات كدليل علمي وحجيتها في الإثبات الجنائي - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة الجزائر 01 السنة الجامعية 2011 . 2012.

113. د/ عائشة سلطان المرزوقي - إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة 2000م.

114. د/محمود عبد الرحيم مهران - الأحكام الشرعية و القانونية للتدخل في عوامل الوراثة و التكاثر - كلية الشريعة والقانون أسيوط مصر - رسالة دكتوراة نوقشت بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

115. أ/ زغيب نور الهدى - الهندسة الوراثية و الحماية الجنائية للجينوم البشري - رسالة ماجستير نوقشت بجامعة الإخوة منتوري بقسنطينة خلال الموسم الجامعي 2008 - 2009 الصفحة المنتقاة منها المعلومة غير مرقمة .

116. أ/ شعبان هند- دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير ، نوقشت بجامعة جيلالي اليابس خلال الموسم الجامعي 2008 ، 2009 .

117. أ/ توفيق سلطاني - حجية البصمة الوراثية في الإثبات ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص علوم جنائية أمام كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الحاج لخضر باتنة - السنة الجامعية 2010 ، 2011 .

118. أ سليمان عثمان ميلود - حجية الطب الشرعي في الإثبات الجزئي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص علوم جنائية نوقشت خلال الموسم الجامعي 2008 . 2009 بكلية الحقوق بجامعة سيدي بلعباس.

119. نافع تكليف مجيد دفار العماري- رسالة قدمت إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل العراق وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام 2009 .

120. رسالتنا في الماجستير الموسومة بالتلقيح الإصطناعي من منظور الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي التي نوقشت بجامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس فيفري 2007 .

121. د/ طارق عبد الله محمد أبو حرة- الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي- دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة سنة 2005 .

122. أ.فايزة حاجي - البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات الجنائي -رسالة ماجستير نوقشت بجامعة الجزائر 1 بكلية الحقوق بن عكنون خلال الموسم الجامعي 2011-2012 .

123. د/هاشم علي الفلاحي - حجية البصمة الوراثية في قضايا النسب و القضايا الجنائية - دراسة مقارنة رسالة قدمت في إطار تكوين القضاة جمهورية اليمن سنة 2010.

ب- باللغة الفرنسية :

124. ANDRY Coni- Empreinte génétique en droit de filiation –
Mémoire en droit civile – Annie Universitaire 2004 -2005
Université ROBERT Schumar Strasbourg France.

خامسا:المصادر التشريعية

125. الإعلان العالمي للجنوم البشري وحقوق الإنسان الدورة التاسعة و العشرون للمؤتمر العام لليونيسكو المعلن عنه بتاريخ نوفمبر 1997.

126. الدستور الجزائري لسنة 1996 ،الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم

127. القانون رقم 03-16 المؤرخ في : 2016/06/11 و المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات

القضائية و التعرف على الأشخاص ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ : 2016/06/22 العدد 37.

128. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل 08 يونيو 1966 المتضمن قانون

العقوبات المعدل و المتمم .

129. الأمر رقم 05 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم

للقانون رقم 84 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن لقانون الأسرة

130. الأمر رقم 70 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 هـ الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق

بالحالة المدنية

131. الأمر رقم 75 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون

المدني ج.ر.ع 78 المؤرخة في 30 / 09 / 1975 المعدل و المتمم للقانون رقم 05 10 المؤرخ في

2005/06/20 ج.ر.ع 44 المؤرخة في 2005/06/26

سادسا :القرارات القضائية :

132. قرار المحكمة العليا رقم 343 76 مؤرخ في 16/07/1990 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد

الثالث ص 75

133. القرار الصادر عن غرفة الجنج و المخالفات بالمحكمة العليا او الصادرين بتاريخ 06-01-2009.

134. قرار المحكمة العليا رقم 296020 بتاريخ 2002/12/25. المجلة القضائية لسنة 2004 العدد

الأول ص 289

135. قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 15/12/1998 ملف 202430 الاجتهاد القضائي عدد خاص سنة

2001

136. القرار الصادر عن غرفة الجنج و المخالفات بالمحكمة العليا او الصادرين بتاريخ 04-06-2008 .

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	01
منهج الدراسة	04
الباب الأول :البصمة الوراثية بين النظرية و التطبيق	11
الفصل الأول : الجانب النظري للبصمة الوراثية	12
المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية	13
المطلب الأول: تأصيل مصطلح البصمة الوراثية	13
المطلب الثاني: المعنى اللغوي للبصمة الوراثية	18
المطلب الثالث : المعنى العلمي للبصمة الوراثية .	20
المطلب الرابع : المعنى القانوني للبصمة الوراثية.	23
المطلب الخامس : مراحل اكتشاف البصمة الوراثية	24
المبحث الثاني: تمييز البصمة الوراثية عن المصطلحات الأخرى	32
المطلب الأول: تمييز البصمة الوراثية عن القيافة	32
المطلب الثاني: مقارنة بين البصمة الوراثية والقيافة	34
المطلب الثالث: تمييز البصمة الوراثية عن البصمات الظاهرة الأخرى	35
الفرع الأول: أنواع البصمات الجسدية	35
الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين البصمة الوراثية و البصمات الجسدية الأخرى.	43
المبحث الثالث : الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثية	45
المطلب الأول: تعريف الأشخاص و الأشياء.	45
الفرع الأول: تعريف الأشخاص	45
الفرع الثاني : تعريف الأشياء.	48
المطلب الثاني: البصمة الوراثية و طائفة الأشخاص و الأشياء في الفقه الإسلامي	51
الفرع الأول : اعتبار أجزاء جسم الإنسان من طائفة الأشخاص	52
الفرع الثاني: اعتبار أجزاء جسم الإنسان من طائفة الأشياء	55
المطلب الثالث : البصمة الوراثية و طائفة الأشياء و الأشخاص في القانون الوضعي	56
الفرع الأول : نظرية منح البصمة الوراثية صفة الأشياء	57

58	الفرع الثاني: الاتجاه الثاني: نظرية منح البصمة الوراثية وصف الأشخاص
59	الفرع الثالث : الاتجاه الثالث : نظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة
61	الفصل الثاني : تأطير البصمة الوراثية
61	المبحث الأول : التأطير العلمي للبصمة الوراثية :
62	المطلب الأول : مصادر استخلاص البصمة الوراثية
75	المطلب الثاني : طرق الكشف عن البصمة الوراثية :
75	الفرع الأول: دراسة تحليل الأطوال المختلفة للأجزاء المحددة
79	الفرع الثاني : طريقة التفاعل النووي المتسلسل (PCR).
81	الفرع الثالث : طريقة تحليل الأجزاء أو التتابعات القصيرة
83	الفرع الرابع : طريقة تحليل جزئي DNA الميتوكوندريا .
84	المطلب الثالث : مجالات استخدام البصمة الوراثية
84	الفرع الأول : استخدام البصمة الوراثية في العلاج (العلاج الجيني)
88	الفرع الثاني : استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب و الجنسية
97	الفرع الثالث : استخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي
107	المبحث الثاني: التأطير التشريعي للبصمة الوراثية
107	المطلب الأول: المعالجة التشريعية للبصمة الوراثية في التشريعات المقارنة في المجال الجنائي:
118	المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من المعالجات التشريعية للبصمة الوراثية في المجال الجنائي:
123	المطلب الثالث: المعالجة التشريعية للبصمة الوراثية في المجال المدني في التشريعات المقارنة.
130	الباب الثاني : منزلة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات
131	الفصل الأول : منزلة البصمة الوراثية بين أدلة إثبات النسب
131	المطلب الأول: تعريف النسب
131	الفرع الأول: تعريف النسب لغة
132	الفرع الثاني: تعريف النسب اصطلاحا
132	الفرع الثالث: تعريف النسب في القانون
133	المطلب الثاني: عناية الإسلام بالنسب
133	الفرع الأول: أهمية النسب في الشريعة الإسلامية
134	الفرع الثاني: رؤية التشريع الإسلامي في النسب بينها من حيث الوجود والعدم

136	المبحث الثاني: طرق إثبات النسب ونفيه
137	المطلب الأول: الطرق المنشئة للنسب
138	الفرع الأول: الزواج الصحيح (الفراش) وشروط إثبات النسب به
150	الفرع الثاني : إثبات النسب بنكاح الشبهة
153	المطلب الثاني : الطرق الكاشفة عن النسب
153	الفرع الأول : البيئة
155	الفرع الثاني : الإقرار
158	الفرع الثالث: القيافة والقرعة
163	المطلب الثالث: الطريق الشرعي لنفي النسب
163	الفرع الأول: تعريف اللعان ودليل مشروعيته
167	الفرع الثاني: شروط اللعان وطبيعته الشرعية
172	المبحث الثالث: البصمة الوراثية وطرق إثبات النسب ونفيه
172	المطلب الأول: البصمة الوراثية وطرق إثبات النسب
173	الفرع الأول : موقف البصمة الوراثية من الفراش
177	الفرع الثاني: موقف البصمة الوراثية من الشهادة
180	الفرع الثالث : موقف البصمة الوراثية من الإقرار
183	الفرع الرابع: موقف البصمة الوراثية من القيافة والقرعة
185	المطلب الثاني: مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب
185	الفرع الأول: مذهب القائلين بتقدم الأدلة الشرعية التقليدية
186	الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقدم البصمة الوراثية على أدلة إثبات النسب التقليدية
187	الفرع الثالث: الرأي المختار
188	المطلب الثالث: البصمة الوراثية واللعان
189	الفرع الأول: مذهب القائلين بتقدم البصمة الوراثية على اللعان
191	الفرع الثاني : مذهب القائلين بتقدم اللعان على البصمة الوراثية
193	الفرع الثالث: الترجيح
195	الفصل الثاني : مكانة البصمة الوراثية بين أدلة الإثبات الجزائية
195	المبحث الأول : ماهية الإثبات الجنائي
196	المطلب الأول : مفهوم الإثبات الجزائي

196	الفرع الأول :تعريف الإثبات الجزائي
197	الفرع الثاني : أهمية الإثبات الجزائي
198	الفرع الثالث : الهدف من الإثبات الجزائي
200	المطلب الثاني : النظم الأساسية للإثبات الجزائي
200	الفرع الأول : نظام الأدلة القانونية
201	الفرع الثاني: نظام الأدلة الإقناعية (نظام الإثبات الحر)
203	الفرع الثالث: نظام الإثبات المختلط
203	الفرع الرابع : نظام الأدلة العلمية
205	الفرع الخامس : موقف المشرع الجزائري
207	المطلب الثالث : القواعد العامة للإثبات الجزائي
207	الفرع الأول : حرية القاضي في تكوين قناعته
208	الفرع الثاني : وجوب الاستناد إلى أدلة صحيحة
212	الفرع الثالث : عبء الإثبات في المواد الجزائية
216	المبحث الثاني : ماهية الأدلة الجنائية و تمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها تقسيماتها و أنواعها
217	المطلب الأول : ماهية الأدلة الجنائية
217	الفرع الأول : تعريف الدليل لغة
217	الفرع الثاني : تعريف الدليل شرعا
217	الفرع الثالث : تعريف الدليل قانونا
218	المطلب الثاني : تمييز الأدلة الجنائية عن بعض المصطلحات المشابهة لها
219	الفرع الأول : التمييز بين الدليل الجنائي و الإثبات
220	الفرع الثاني : تمييز الدليل الجنائي عن وسائل الاستدلال
223	الفرع الثالث : التمييز بين الدليل الجنائي و وسيلة الوصول إليه
224	المطلب الثالث: تقسيمات الأدلة الجنائية
224	الفرع الأول: الدليل من حيث مصدره
226	الفرع الثاني : الدليل من حيث الجهة التي يقدم إليها
227	الفرع الثالث: الدليل من حيث علاقته بالواقعة المراد إثباتها
228	الفرع الرابع : الدليل من حيث الأثر المترتب عليه

229	المطلب الرابع : أنواع الأدلة الجنائية
229	الفرع الأول : الاعتراف
233	الفرع الثاني: الشهادة
238	المبحث الثالث: البصمة الوراثية بين نظم الإثبات و أدلته
239	المطلب الأول: تأثير البصمة الوراثية على قواعد الإثبات
239	الفرع الأول: تأثير البصمة الوراثية على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي
245	الفرع الثاني: خضوع البصمة الوراثية لمبدأ مشروعية الدليل
248	الفرع الثالث: تأثير البصمة الوراثية على مبدأ عبء الإثبات
250	المطلب الثاني: تأثير البصمة الوراثية على أدلة الإثبات
250	الفرع الأول: تأثير البصمة الوراثية على الاعتراف
253	الفرع الثاني: تأثير البصمة الوراثية على الشهادة
255	الخاتمة
259	المراجع
269	الفهرس