وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم.:القانون العام

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

حتمية اعتماد القاضي على البصمة الوراثية من اجل نفي النسب

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الجنائي العلوم الجنائية

من إعداد الطالب(ة):

العابد عائشة مروة

تحت إشراف الأستاذ(ة):

بلبنة محمد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	زاوي عبد اللطيف	رئيسا
الأستاذ(ة)	بلبنة محمد	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	بن سالم كمال	.مناقشا

تاريخ المناقشة:2022/09/15

السنة الجامعية: 2022/2021

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

إلى أبي العطوف... قدوتي و مثلي الأعلى في الحياة

فهو من علمني كيف أعيش بكرامة و شموخ

إلى أمي الحنونة...لا أجد كلمات يمكن أن تمنحها حقها

فهي ملحمة الحب و فرحة العمر, و مثال التفاني و العطاء

إلى إخوتي...سندي و عضدي و مشاطري أفراحي أحزاني

إلى جميع الأخلاء... أهدي إليكم بحثي العلمي في حتمية اعتماد القاضي على

البصمة الوراثية من أجل نفي النسب.

شكر و تقدير أتوجه أولا بالشكر لله تعالى على توفيقه لإتمام هذا العمل المتواضع كما

يسرني أن أتقدم بوافر الشكر و التقدير و الامتنان إلى الأستاذ بلبنة محمد الذي منحني الشرف أن يكون الأستاذ المؤطر لهذه المذكرة و لم يبخل علي بنصائحه القيمة و التي ساهمت بكثير في انجاز هذا العمل , و أتوجه بالشكر أيضا إلى الأساتذة الكرام الذين تفضلوا بمناقشة هذا البحث

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد و لو بكلمة تشجيعية.

قائمة المختصرات:1- باللغة العربية:

إ.ق.غ.أ.ش	الاجتهاد القضائي لغرف الأحوال الشخصية
ج	جزء
د.ت	دون تاريخ نشر
د.ط	دون رقم طبعة
د.م	دون مكان طبع
د.ن	دون ناشر
س	سنة
ص	صفحة
ط	طبعة
ع	عدد
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
م.ع.ج	المحكمة العليا الجزائرية
م	ميلادي
هـ	هجري

2- باللغة الأجنبية:

ADN	Acide désoxyribose nucléique
DNA	Deoxyribo nucleic acid
Op.cit	Ouvrage precité

المقدمة

مقدمة : اهتمت التشريعات السماوية و القوانين الوضعية اهتماما كبيرا بالأسرة ، الشرائع التي بفضلها تستمر حياة البشرية، و تعتبر علاقة الزواج هي السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و المحافظة على الأنساب ، و لأن النسب حقيقة كبرى في هذا الوجود جعل الله البشر ذوي نسب و ذوي مصاهرة لقوله تعالى " و هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و كان ربك قديرا "فذووا النسب هم الآباء و الأمهات و الأبناء و الأعمام و الأخوال، و ذوا المصاهرة هم أقرباء ذوي الأنساب ، فجعلت له الشريعة السمحاء ضوابط و أحكام ثابتة. النسب في اللغة العربية هو القرابة والالتحاق فنقول مثلا:" انتسب الولد إلى أبيه أي التحق و فلان يناسب فلان فهو نسيبه أي قريبه ".

فالنسب هو علاقة الدم أو رباط السلسلة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه و رباط السلسلة هي السبب في تكوين الأسرة ثم العشائرو القبائل و الشعوب و الأمم

إذا النسب الشرعي هو إلحاق الولد بأبيه دينا و قانونا و حضارة، و يبنى عليه الميراث و ينتج عنه موانع الزواج و يترتب عليه حقوق و واجبات أبوية و بنوية، أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه من ذلك شيء إطلاقا.

حرصت الشريعة الإسلامية على أن ينسب الولد لأبيه لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: " **الولد للفراش و للعاهر الحجر** "

ولذلك يجعل النسب يتبلور في دائرة الأسرة التي تقوم على النكاح المشروع، فتحفظ الأنساب و تقوم على العفة ، و بالتالي يكون الشارع قد شدد الخناق على كل ما يعكر صفو النسب و تخليصه مما يلتصق به من لصائق و لواحق، و كذا إبطال الطرق الغير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من تبني و إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة .

ففي قوله تعالى فيما يخص التبني: " **و ما جعل ادعياكم أبناءكم ذلكقولكمبأفواهكم،واللهيقولالحقويهديالسبيل،ادعوهملآبائهمهواقسطعنداللهفإنلمتعلمو اآباءهمفإخوانكمفيالدينومواليكم .**"

الأساسفيالنسبهوإثباتهوهوماسارتعليهجلالتشريعاتالعربيةعامةوالتشريعالجزائريخاصة،حيث نظمهالمشرعفيالموادمن**40**إلى**46**منقانونا لأسرة،وقدنصتالمادة**40**منقانونا لأسرةالجزائري علىطرقإثباتالنسبوحددتهابكلمنالزواجالصحيح،والفاسدوالدخولبالشبهةوالإقراروالبينة.يعداث باتالنسبمشكلةاجتماعيةخطيرةتشغلاهتماماالكثيرمنالفقهاءوالعلماءفيجميعأنحاءالعالم،فض لاعلىأنهينجرعنهمشاكلقضائيةتستغرقوقتاأماماالمحاكم.

ولكنهناكمشكلةأخرىتواجهأمرالإثبات،وهيالتحولاتالبيولوجيةالهائلةفيعلمالهندسةالوراثيةالتي أدخلتمفهوماجديداعلىمعنىالأسرةوتكوينها،مثلاالاستنساخوالتلقيحالاصطناعيوالبصمةالورا ثيةوهذهالأخيرةهيمحوردراستنا.

لذاكانلهذاالاكتشافوالإنجازالعلميالأخير،أيالبصمةالوراثية،الأثرالبالغعلىقواعدأدلةالإثباتالم نصوصعليهاشرعاوقانونا،لأنهمنشأنهأنيساعدعلىتبنيالمسلمينلبعضإنجازاتالعلم،رغمأنهمي عتبرونالبعضمنهاقدتضمنتاخطاراأحاطتبالكيانالاجتماعيللشخصكالتلقيحالاصطناعيوفقا لبعضالطرقوالفرضياتالعلمية،والانجابمايعرفبالأمالبديلة،وزرعالغددالتناسليةكمبيضالمرأة أوخصيةالرجل،والاستنساخالبشري...الخ.

ان التطورات العلمية الحديثة في مجال الانجاب قد تؤدي الى فساد الأنساب و اختلاطها فتضيع الحقوق و الواجبات ما لم يتم ضوابط فعالة، لذلك انعقدت ندواتومؤتمراتعلميةفيالبلدانا لإسلاميةلدراسةهذهالمستجداتالعلميةوكيفيةا لاستفادةمنهاعن طريقا لاستعانةبوسائلها العلميةالمتطورةمعوضعضوابطتتطابقمعأحكاموم قاصدالشريعةا لإ سلاميةواخلاقالمجتمعالمسلميكونمنشأنهاالمحافظةعلىصحةالأنساب،كمادرسوا إمكانيةا لاستفادةمنها (عندالضرورة) فياثباتالنسبأونفيه.

منأسباباختياريلموضوعالبصمةالوراثية،وميوليالعلميوحبمعرفةكلالمستجداتالعلميةوكيفيةا لاستفادةمنها،وكذانتائجها الإيجابيةوالسلبيةلمحاولةتجنبها،وكذاانصبابأغلبالدراساتالتيوقفن عليهادراسةا لاثباتالجنائي،واندرستالبصمةالوراثيةفياثباتونفيالنسبفانهمدرسوهامنالجهةالش رعيةدونالقانونيةوهذادافعآخرلاختيارهذاالموضوعوانشاءدراسةبينالقانون (الجزائريوالمقارن)والفقهدوننسيانالجانبالقضائي

ومنهنانطرحالإشكاليةالتالية:

ماهيالبصمةالوراثية؟وماهومركزهاالقانونيوالفقهي؟ومامددورهافياثباتالنسب؟وإلىأيمديمكن الأخذبالنتائجالمتوصلإليهافيإثباتونفيالنسب؟وللإلمامبجميعجوانبهذاالموضوعتطرقتإلىف صلينيتقدمهمافصلتمهيدي.

الفصل التمهيدي

ماهية البصمة الوراثية

تمهيد: لاشك أن الدراسات العلمية الحديثة في مجال مكافحة الجريمة قد أضافت الكثير من النظريات و التقنيات المتطورة ذات الصلة الوثيقة بكشف الجرائم و العملية الإثباتية. فتطبيق العلم في حل المنازعات سواء الجنائية أو المدنية منها يعين المحققين و القضاة في الوصول إلى الحقيقة و يعتبر الدليل المادي(1) الركيزة الأساسية في عملية الإثبات و وسيلة الوصول إلى الحقيقة و إثبات الحقوق أمام القضاء، و بالتالي تحقيق العدالة التي هي مطلب الجميع و غاية الغايات، و يمكناستنباط الأدلة المادية من خلال إجراء تحاليل للآثار المادية محل البحث في النزاع لكشف غموض مجرى الأحداث، و هو ما يعرف بتحليل الحامض النووي DNAوالمسؤول عن تأثير الأثر المادي(2) و تقديمه للمحكمة كدليل علمي ScientificEvidence هم خبراء التخصصات الفنية المختلفة . ويعتبر الأثر المادي البيولوجي الذي مصدره جسم الإنسان أساس الأدلة العلمية التي تساعد القضاء على تحديد هوية الأشخاص في مختلف القضايا، خاصة في ظل الاكتشاف الحديث (البصمة الوراثية) التي تستخدم كدليل علمي للإثبات أمام القضاء. ---

---------- 1- تعني كلمة الدليل كما جاء في معجم الصحاح: بأنهيستدل به كما أنه يطلق على الدال أيضا على الشخص الذي يقوم بفعل الدلالة، أما في القانون فقد عرفه الأستاذ عبد الحافظ التومي بقوله: ما يتحقق من الإثبات هو تأكيد حق متنازع فيه – له أثره قانوني- بالدليل الذي أباحهالقانون كما أنالغاية هي إقناع القاضي بمزاعم الخصم أو دفاعه ليقتضي به.

2-أما الأثر فهو ما يمكن العثور عليه وإدراكه بإحدى الحواس أو بواسطة التحليل الكيميائي أو بواسطة الأجهزة العلمية.

و لبحث ماهية البصمة يتعين علينا بيان حقيقتها ثم التفريق بينها و بين غيرها من الأمور التي قد تشتبه بها أو تختلط معها في معناها أو تقترب منها في أثرها، و ذلك وفقا للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية و بيان خصائصها و مصادرها.

المبحث الثاني: تمييز البصمة الوراثية عن غيرها من المصطلحات الأخرى و مشروعية استخدامها.

المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية و بيان خصائصها و مصادرها

تمهيد:ظل البحث الجنائي لسنوات طويلة يعتمد على الطرق التقليدية المختلف و الأدلة الجنائية المتداولة في التحقيقات للكشف عن غموض الجرائم و الحوادث بأنواعها و من أبرز الأدلة بصمات الأصابع التي ظلت إلى عهد قريب أكثر الأدلة الجنائية مساهمة في كشف و تحديد شخصيات مرتكبي الأعمال الإجرامية و الضحايا، إلا أن الاكتشاف الأهم في هذا المجال هو ما جاء به عالم الوراثة الدكتور"أليك جيفري" سنة 1984 ". حيث صار اختبار البصمة الوراثية هو الدليل الأوحد للكشف عن الهوية بدقة متناهية سواء كانوا من المجرمين أو الضحايا في الأعمال الإجرامية فما هو معنى البصمة الوراثية و ما هي خصائصهاو مصادرهاو ذاتيتها ؟

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية تمهيد

نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم البصمة الوراثية من الناحية اللغوية و الاصطلاحية و المعنى العلمي على النحو التالي:

الفرع الأول: المعنى اللغوي للبصمة الوراثية 1 البصمة: البصمة من بصم و هي العلامة و البصم هو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصرو يقال رجل ذو بصم أي غليظ(1).

و في لسان العرب– معنى البُصم هو : فوت ما بين الخنصر إلى طرف البنصر و الفوت هو ما بين كل أُصبعين طولا(2).

2– معنى الوراثة : هي مصدر ورث يقال ورث فلان المال و منه و عنه ورثا و إرثا أي صار إليه بعد موته و في الحديث" لا يرث المسلم الكافر" و أورث فلانا: جعله من ورثته و الميراث جمع مواريث و هو تركة الميت(3)

و علم الوراثة: هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى جيل آخر و تفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال(4).**الفرع الثاني: المعنى القانوني للبصمة الوراثية** على الرغم من تنصيص عدد من التشريعات الوضعية على البصمة الوراثية في قوانينها الداخلية، و إقرار العمل بها في المحاكم كدليل نفي و إثبات في المجالات المدنية و الجنائية، إلا أنها لم تتعرض لتعريفها، أو تحديد مفهومها تاركة الأمر للفقه للقيام بتلك المهمة

و رغم إلقاء مهمة تعريف البصمة الوراثية على عاتق الفقه القانوني إلا أن هذا الأخير لم يشغل باله كثيرا في البحث عن تعريف قانوني للبصمة الوراثية، و إن كان هناك بعض الاجتهادات و المحاولات في الفقه الفرنسي مثل: قول أحد الفقهاء أن "البصمة الوراثية هي معلومات خاصة تخص شخصا ما و التي تميزه عن غيره فهي وسيلة بيولوجية لتحديد شخصية الفرد و هويته . ----------

----1–المنجد في اللغة العربية، المطبعة الكاثوليكية و دار الشروق، بيروت، ط38، ص40.

2– العلامة ابن منظور – لسان العرب – دار احياء التراث العربي، بيروت،ط2، 1999،ج1، ص423.

3–سعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دار الفكر، سوريا، ط1، 1998، ص377.

4– مجمع اللغة العربية – المعجم الوجيز، شركة الإعلانات الشرقية، مصر، ص664.

و عرفها في موضع آخر بقوله أن البصمة الوراثية عبارة عن هوية أصلية ثابتة لكل إنسان و التي تتعين عن طريق التحليل الوراثي و تسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام أما في مصر فقد اجتهد العلماء المعاصرين في وضع تعريف مناسب للبصمة الوراثية باعتبارها من المصطلحات العلمية الحديثة، نورد بعض هذه التعريفات على النحو التالي: عرفها أحد الفقهاء بأنها " المادة الحاملة للعوامل الوراثيةو الجينات في الكائنات الحية ".

و أضاف أحد الفقهاء في معرض بحثه فقال: " الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع و التي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض DNA و الذي يحتوي على خلايا جسده".

و تم تعريفها بأنها " العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع " و عرفها في مكان آخر فقال " أنها المادة الموروثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات ".

الفرع الثالث: التعريف العلمي للبصمة الوراثية

المعروف علميا أن بناء جسم الإنسان يبدأ بإدماج خليتين متشابهتين في الصغر أحداهما مذكرة "حيوان منوي" و الأخرى مؤنثة "بويضة" و ينتج عن اندماج النطفتين نطفة مختلطة عبارة عن بويضة ملحقة بالحيوان المنوي و تبدأ هذه النطفة بالانقسام فتكرر مرات عديدة من أجل بناء جسم الإنسان بكافة خلاياه المتعددة و أنسجته المتخصصة و أعضائه المتوافقة التي تعمل مع بعضها البعض بنظام دقيق، و ما ينقسم من الخلية نواتها التي تحتوي على عدد من جسيمات متشابهة في الدقة تعرف باسم الصبغيات أو الكروموسومات و هي تتكون من تجمعات للحمض النووي .

و قد سمي هذا بالحمض النووي نظرا لتواجده دائما في أنوية خلايا جميع الكائنات الحيةو الحروف الثلاثةDNAهي اختصار للاسم العلمي Deoxyribo NucleicAcid، و يسمى هذا بالبرنامج المشفر للحياة لأن DNA هوالعنصر المكون للخصائصالوراثية للإنسان(**1**)

كما عرفها أحد الفقهاء" بأنها المادة الكيميائية التي تتحكم في الصفات الوراثية لكل شخص، فهي بمثابة خريطة خاصة بالجسم محفوظة داخل كل خلية من خلايا الجسم(**2**). و عرفها أيضا في موضع آخر بقوله البصمة الوراثية كما خلص إليها العالم "جيفري" هي تلك المتتابعات اللصيقة المتكررة يمكن أن تميز شخصا عن آخر، حيث يكون لكل شخص متتابعات مختلفة من هذه التسلسلات اللصيقة التي تختلف عن الكروموسومات شخص آخر. و هذه الاختلافات تشمل جميع البشر، بما في ذلك أفراد الأسرة الواحدة، و قد أطلق على تلك المتتابعات المميزة للشخص اسم البصمة الوراثية Genetic FingerPrintو بما أن هذه المتتبعات تقع على الحامض النووي DNA فقد سميتDNA FingerPrint و قد تتابعت الدراسات لاكتشاف المزيد من المتتابعات اللصيقة، و سميت هذه المتتابعات اللصيقة بالبصمة الوراثية لأنها تحدد هوية الإنسان من بين كل البشر فيما عدا التوائم المتماثلة، و هو ما يتفق مع تعريف البصمة الوراثية في كونها المتتابعات الجينية الدالة على هوية كل فرد بعينه، و دلالتها على الهوية التي تمنحها مصطلح بصمة، و التصاقها بجوار موروثات بعينها و توارثها يمنحها مصطلح وراثية(**3**).---------- 1-الدكتور أحمد الجمل البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، المجلة الجنائية القومية، م46، ع3، نوفمبر، 2003، مصر 85. / 2- المرجع نفسه، ص87./3- الدكتور أحمد عبد الباسط محمد الجمل و مروان عادل عبده، تكنولوجيا الحامض النووي في مجال الجريمة، ج1، ط1،2006، القاهرة، ص77.

مما سبق يمكن القول أن:

الناظر لهذه التعريفات سواء تعريف المنظمة الإسلامية أو تعريفات الباحثين المجتهدين يتبين أنها تدور حول معنيين لا ثالث لهما:

المعنى الأول : انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء

المعنى الثاني : دراسة التركيب الوراثي.

المطلب الثاني: خصائص و مميزات البصمة الوراثية

تمهيد: تتميز البصمة الوراثية بمجموعة من المميزات و الخصائص تجعلها تفوق كثيرا الأدلة العلمية الأخرى كبصمات الأصابع و فصائل الدم فمن الناحية العلمية تعتبر البصمة الوراثية دليل نفي و إثبات تكاد تكون قاطعة و هذا ما لا يتوفر في وسائل الإثبات الأخرى

و أهم ما يميز تقنية البصمة الوراثية نذكر ما يلي:

1- يمكن تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية، و هذه ميزة هامة في حالة عدم وجود بصمات أصابع المجرم حيث يمكن استخلاصها من أي خلية في جسم الإنسان ما عدا خلايا الدم الحمراء

2- الحمض النووي(DNA)يمتاز بقوة إثبات كبيرة جدا في أقصى الظروف البيئية المختلفة

3- تظهر البصمة الوراثية على هيئة خطوط عريضة تسهل قراءتها و حفظها في جهاز الكمبيوتر لحين الحاجة إليها للمقارنة كم هو الحال في بصمات الأصابع.فبالإمكان مقارنة فصائل DNAللعينات المرفوعة في الحوادث و الجرائم بمجموعة من المشتبه فيهم خلال دقائق معدودة، كما يمكن مقارنة كل عينة بقاعدة بيانات المختبرات في دول أخرى مرتبطة معها بنظام الإعلام الآلي بعد استخلاص العينة و إجراء التحاليل اللازمة باستخدام التقنيات المحددة في هذا المجال(**1**). 4- كما أن الفحوص البيولوجية العادية تعتمد على حجم و عمر الأثر المادي و الحالة الموجودة عليها بينما تكمن قوة تحليل DNA من حيث أنه لا

يلزم لهذا الفحص كميات قليلة فقط، كما أن إمكانية تزويره تصبح مستحيلة، لهذه الأسباب تم تعميم الأخذ بهذه التحاليل لقوتها. هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن الحامض النووي يقاوم عوامل التحلل و التعفن لفترات طويلة تصل إلى سنوات عديدة حيث يقاوم عوامل الحرارة و الرطوبة، فالحمض النووي موجود في منطقة صغيرة جدا في الخلية تسمى النواة و تحتوي على جميع الخلايا. لذا يمكن استخلاصه من:

– اللعاب الرطب أو الجاف: و هو يحتوي على مواد خلوية تحتوي على DNAو قد يكون موجود على الجلد الآدمي نتيجة بعض العض أو التقبيل أو اللعق.

– عينات الإفرازات الأنفية المخاطية: و قد توجد على الأشياء مثل الملابس الخاصة أو المناديل الموجودة في مسرح الجريمة و المستعملة من قبل الجاني.

– الأنسجة: بمختلف أنواعها مثل خلايا الجلد وغيرها.

– الشعر و العظام: حيث يوجد معظم الحمض النووي في بصيلة الشعر أي الجذور أما العظام فأفضلها عظام الأسنان. – الدم و المني: و هما مصدران مهمان للحصول على الحمض النووي و قد يكون علىعدة أشكال، إما سائل أو مختلط بالماء أو ملوث بالثياب أو أجسام أصلية. ----------

--------1– تقنية الحزم الوراثية و أول من استخدم هذه الطريقة العالم البريطاني أليك جيفري و تعتمد على عزل استخلاص الحامض النووي من الخلايا و تنقيته ثم معاملتهبخليطمن إنزيمات القطع البكتيرية.

5- مقارنة بالاختبارات البيولوجية الأخرى التي تعتمد على تحديد العلامات البيولوجية فإن هذه الأخيرة لا يمكنها إلا كشف الاختلاف الموجود فقط لأن التشابه في علاماتها منتشر بين الناس، فعلى سبيل المثال نجد كثير من الناس يحملون فصيلة الدم (o) و لكن خياراتها مبنية على أساس النفي فقط، بينما البصمة الوراثيةDNAمبنية على النفي و الإثبات بشكل قاطعلهذا السبب استخدمت هذه التقنية في القضايا الجنائية. ومن ذلك التجربة التي قام بها عدد من علماء الأحياء، حيث قاموا بنزع خلايا من الجلد مومياء يبلغ عمرها 2500 سنة ثم قاموا بزرعها – أي الخلايا – في حقل من البكتيريا فعادت خصائصها الذاتية الشخصية إلى الظهور و أصبحت هوية المومياء قابلة للتحديد

و الجدول التالي يبين العينات التي يمكن رفعها من مسرح الجريمة كمصدر لعزل الحمض النووي:

العينة	حالتها	مصدر الرفع	طريقة الرفع
الدم	سائل	المتهم أو مسرح الجريمة	إسفنجة معقمة تمتص الدم
	سائل مختلط بالماء أو التراب	مسرح الجريمة	رفع التراب و الدم الملوث له أو رفع الماء بالدم الملوث له
	جاف	مسرح الجريمة	كشطة بوسائل نظيفة أو باستخدام أجهزة
	دم على سطح صلب	مسرح الجريمة	ترسل الوسائل الملوثة بالدم إلى المعمل و إذا كان السطح غير قابل للنقل يقطع الجزء الملوث
الشعر	شعر غير	مسرح الجريمة	ترفع بملقط و توضع

	ملوث		في وعاء الحفظ إلى أن تنقل إلى المعمل
	شعر	متهم	عشر شعرات يتم اقتلاعهم من البصيلات ثم يوضعن في وعاء حفظ و يرسلن إلى المعمل
	شعر ملوث بالدم	مسرح الجريمة	سحب عينات الشعر من بقع الدم بملقط و ترسل للمعمل

الأنسجة و العظام	حديثة	مسرح الجريمة	تنقل داخل وعاء على درجة حرارة –20م.
	قديمة	مسرح الجريمة	تنقل بحرص شديد داخل وعاء تحت درجة حرارة – 20 في أوعية خاصة.
السائل المنوي		ذكر	بجهاز خاص لجمع السائل المنوي.
		مهبل الأنثى	بواسطة إبرة ماسحة او جهاز خاص.
		ملابس داخلية	بواسطة إبرة ماسحة.
اللعاب	لعاب على سيجارة	مسرح الجريمة	تنقل السيجارة بواسطة ملقطو ترسل إلى المعمل.
	لعاب في شكل بصاق	مسرح الجريمة	يرفع البصاق و يرسل إلى المعمل في طبق رفع العينات.

المسحات الجسمية	مسحة شفوية أو من الأرداف أو الفخذين	شخص	باستخدام إبر ماسحة (طقم ماسح).
البول أو البراز	بول في فتحة التواليت أو مختلط بأشياء أخرى	مسرح الجريمة	يرفع البول مع جزء من المياه أو تقطع القطعة الملوثة بالبول أو البراز و ترسل إلى المعمل.

6- ثبت بالتجارب العلمية أن لكل شخص رسما معينا لهذه التقنية داخل مواد الخلية و لعل مرجع DNAفي الخلية تشمل جميع الكروموسومات بداخل نواة الخلية، و تشكل تلك الجينات نظاما، و هذا النظام أو الترتيب للجينات هو الذي يحدد خصائص كل فرد باعتبار اختلافها من شخص لآخر. و من الجدير بالذكر أن التطبيقات العلمية لهذه التقنية في مجالات كشف هوية الأشخاص، قد أثبتت فاعليتها لدرجة أن كل دوائر الأمن المختلفة في معظم دول أوروبا باتوا ينادون بحتمية تعميم تطبيقها في كل مرة يراد فيها تحديد الجاني.

المطلب الثالث: مصادر استخلاص البصمة الوراثيةالأصل في البصمة الوراثية الحمض النووي D.N.Aو هذا الحمض يتواجد في كل خلية من خلايا جسم الإنسان، و معنى هذا ان البصمة الوراثية متعددة و متنوعة و هذا ما نتناوله في الفروع الثلاثة التالية:

1- الآثار الدموية سائلة كانت أو جافة من أهم مصادر البصمة الوراثية التي يتم من خلالها تحديد هوية الشخص، لا سيما في جرائم القتل و السرقة و حوادث الاغتصاب، فقبل اكتشاف البصمة الوراثية، لم يكن بالإمكان الجزم بأن بقعة دم بعينها تخص شخصا بذاته بل كان أقصى ما تفيده قطعا أنها ليست لمزيد من الناس، لاشتراك جميع الأفراد في أربع فئات رئيسية من الدماء، و بعد اكتشاف البصمة الوراثية أصبح من السهل تحديد صاحب البقعة الدموية بطريقة جازمة.

و للدم العديد من أنماط الحالات التي يمكن أن يوجد عليها، و لكل حالة طريقة محددة في أخذ و نقل العينة، فهناك الدم السائل الذي يتم سحبه بواسطة أنبوبة معدة خصيصا لذلك، و الدم السائل في المياه، و الدم الرطب الملوث للأجسام الصلبة و الدم الجاف الموجود على سطح يمكن نقله أو على سطح ثابت، أو على الجدران و الأرضيات، أو الملتصق بالأجسام القابلة للقطع، أو الرزاز الدموي، و الدم الملوث للمركبات سائلة كانت أو رطبة أو جافة.2- يحتوي السائل المنوي على خلايا حية، تسمى (البيماتوريا) التي تمثل القاعدة الأساسية في فحص الآثارالمنوية(1)، و مصدرا مهما في حالات الجرائم الجنسية. و يحتوي السائل على أكثر من مكون: الحيوانات المنوية، و السوائل المنوية و خلايا مصاحبة (2).-----

---

1- أحمد أبو القاسم الدليل المادي ودوره في الاثبات الجنائي الإسلامي(رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق، جامعة الزقازيق،1990، ص388. 2- عبد الباسط محمد الجمل، المرجع السابق، ص109 و ما بعدها.

و يتواجد الحمض النووي DNAبشكل أساسي في رؤوس الحيوانات المنوية، و يمكن العثور عليها من مسرح الجريمة، أو من المواد أو الأشياء التي يستخدمها الجاني، كما يتم الحصول عليها من مفارش الأسرة، أو الملابس التي كانت ترتديها الضحية(1).كما حدث في قضية الرئيس الأمريكي بيل كلينتون، فقد تم عزل الحمض النووي D.N.Aمن السائل المنوي الذي يخصه من على فستان الضحية.**العظام و الأسنان و الأنسجة الجلدية و الأظافر:**أظهرت البحوث و الدراسات العلمية الحديثة، إمكانية استخلاص و تكاثر الحمض النوويD.N.A بنجاح من عينات العظام التي يرجع عمرها إلى آلاف السنين، كما أعطت تلك البحوث نتائج إيجابية لاستخلاص D.N.Aمن الأسنان التي مضى على تخزينها فترات طويلة، و تعتبر العظام و الأسنان من أهم المصادر لإجراء تحاليل البصمات الوراثية، في حالات تعفن العينات البيولوجية نتيجة تقادمها، حيث ثبت أن مستخلص D.N.A من العظام و الأسنان قبل التحلل ، و أكثر فائدة من الأنسجة أو الحشوات المتعفنة أو المتحللة.و قد استطاع العالم أليك جيفري من تحديد شخصية جوزيف منجل، المتهم بتعذيب اليهود في مخيم استوتش بهولندا، بعد استخلاص الحمض النووي D.N.Aمن عظام المتهم الذي مات في البرازيل سنة 1985م، و تمت مقارنة البصمة الوراثية لذلك الحمض مع عينة ابن جوزيف الذي كان حيا، فوجد تطابقا تاما بين البصمة الوراثية للجثة و بصمة ابن جوزيف منجل(2).

1-عبد الله عبد الغني و اخرون دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة 1232/3.ط1، 1999م، ص11 2- أبو الوفا إبراهيم: مدى حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي و القانون الوضعي و الفقه الإسلامي (مرجع سابق).

كما يمكن استخراج الحمض النووي D.N.A و الحصول منه على البصمة الوراثية من خلايا النخاع و جماجم الرأس، و تحديد هوية أصحابها فقد تمكن العلماء من استخلاص D.N.A من جمجمة يعود تاريخها إلى العصر الحجري ، عثر عليها في كهف شيدر بالمملكة المتحدة(1).

تمثل الأنسجة بجميع أنواع مصادر أساسية للبصمة الوراثية، حيث تتكون من خلايا تحتوي على الحمض النووي D.N.Aفي نواتها، مثل الخلايا المخاطيةو الجلدية(2)، قد تتخلف قشور الجلد أو أجزاء من الأنسجة المتطايرة أثناءارتكاب الجريمة نتيجة إصابة المجني عليه بخدوش أو جروح شخصية أو إثر مقاومة المجني عليه، و في جميع الحالات فإن العثور على جزء بسيط من أظافر أو أنسجة الجاني عالقة في أظافر المجني عليه، يمكن تحليلها و استخلاص البصمة الوراثية منها(3)

أ- ينمو الشعر من جزء خاص يعرف باسم Hair Follicle، يوجد في الطبقة السفلية من الجلد، و تتصل بالشعرة غدة دهنية أو أكثر، تفرز مادة زيتية تكسب الشعر ليونته، و يتركب عرض الشعرة من ثلاث طبقات هي: القشرة و البشرة و النخاع، و يتكون طولها من ثلاث أجزاء: الجذور أو البصيلة و الجزء الظاهرو الطرف(4). يشكل الشعر بتكوينه السابق مجالا واسعا لاستخلاص البصمة الوراثية منه، و انجاز البحث الجنائي و تطويره، ففي السابق كان استخدامهم مقتصرا على توفير البيانات عن شخصية الجاني، من حيث عمره و سلالته و جنسه.

1- د. إبراهيم صادق الجندي، الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية ص229.

2- د. عبد الرحيم الحنطي، استخدام الهندسة الوراثية في التعرف على الهوية، ص12.

3- د. رمسيس بهنام، البوليس العلمي و فن التحقيق، 1996م، ص151.

4- أحمد أبو القاسم، الدليل المادي و دوره في الاثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص376-377.

أما اليوم فقد أصبح الشعر يقدم كدليل اثبات على ارتكاب الجريمة، فوجود شعرة واحدة متخلفة من جسم المشتبه فيه، أو من رأسه بمسرح الحادث، أو وجود شعر المجني عليه على جسد المشتبه فيهم أو العكس، أو شعرة من عانة المغتصب في جسم المغتصبة، شاءت الإرادة الإلهية أن تسقط، لأي سبب في مكان الجريمة و مقارنتها مع بصمات المشتبه فيه، تعد دليلا حاسما و قاطعا لإثبات الجريمة في ظل البصمات الوراثية بنسبة(100%)(1)، و ذلك استنادا إلى أن جسم الشعرة أو جذورها او بصيلتها، تحتوي على خلايا بشرية، يتواجد في نواتها الحمض النووي D.N.A خلافا لأطراف الشعر المقصوف، فإنه لا يصلح مصدرا للبصمة الوراثية، نظرا لعدم احتوائه على خلايا تتوفر بها جزيء D.N.A(2).

- اللعاب

يوجد اللعاب بصفة دائمة في فم الإنسان، و رغم أن الأساس في اللعاب عدم احتوائه على خلايا بشرية، إلا أن هناك نوعا من الخلايا الموجودة بالجدار الخلفي للفم يعلق باللعاب و البصاق، و يتوقف ذلك على حالة العينة التي تتواجد بها خلايا الفم بسبب الإصابة البسيطة التي لا ترى بالعين المجردة.

و قد أثبتت الدراسات و البحوث العلمية إمكانية الحصول على اللعاب و البصاق، و استخلاص البصمة الوراثية منهما، من بقايا الطعام التي يعثر عليها في مكان الحادث، و من أعقاب السجائر، و اللبان المستعمل، و من على طوابع البريد الملصقة على الأطراف بواسطة اللعاب.----------

1-عبد الله عبد الغني و اخرون دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة 1231/3.ط1، 1999م،و إبراهيم صادق الجندي، الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية ص205 .

2- عبد الرحيم الحنطي، استخدام الهندسة الوراثية في التعرف على الهوية،ص11 عبد الله عبد الغني الغانم دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة ، مرجع سابق، 1231/3.

و ذلك في حالات الطرود الملغومة و رسائل التهديد و الاختطاف، كما يمكن أخذه من فوهات الأكواب التي كان يستخدمها المتهم، و من مكان العضة الآدمية من على جسم الضحية، كذلك من بقايا البصاق و المخاط المعثور عليه في مسرح الجريمة(1).

– العرق:

يعتبر العرق و البول من الوسائل الإخراجية، التي يتخلص منها جسم الإنسان عن طريقة المواد الضارة أو الغير مرغوب فيها، و يقوم باستخلاص العرق و إخراجه من الجسم الغدد الدرقية، عن طريق مسام الجلد، و توجد هذه الغدد في الطبقة السفلى للجلد في كل أجزاء الجسم، و تقدر بحوالي مليونين و نصف المليون وحدة، و تتفاوت كميات العرق التي تفرز يوميا تبعا للحركة، و كمية الماء الممتصة في القناة الهضمية، و درجة حرارة الطقس(2). وعلى هذا، فإنه يمكن العثور على آثرا العرق من الملابس التي كان يرتديها المتهم، و من القبعات و الأقنعة الخاصة به، و من على الأسطح الملامسة للأصابع و الكفين، و من جميع الأشياء التي لمسها المتهم و في هذا المجال تمكن العالمان الأستراليان "رولن دفان" و"ماكسويل جونز" سنة 1997م،من عزل المادة الوراثية على الأشياء التي تم لمسها، مثل المفاتيح و الهاتف و الأكواب، و قد بينا طريقة بأنه بعد استخلاص المادة الوراثية من تلك الأشياء.

1–د. رمسيس بهنام، البوليس العلمي و فن التحقيق، 1996م، ص152. و د. إبراهيم صادق الجندي، الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية ص200.عبد الله عبد الغني و اخرون دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة 1232/3.

2– أحمد أبو القاسم، الدليل المادي و دوره في الاثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص378.

يتم تقطيعها باستخدام إنزيمات البتر Restriction enzymes، ثم تفصل باستعمال جهاز الفصل الكهربائي بالتفريد Electrophorèses ثم تنقل إلى غشاء نايلون باستخدام مسابر خاصة Probesليتم بعد ذلك تعيين البصمة الوراثية على فيلم أشعة(1)

المطلب الرابع: الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثيةتمهيد:

الأشياء و الأشخاص في القانون:

1-تعريف الشخص في نظر القانون: يعبر عن الشخص في اللغة القانونية، بأنه كل من كان أهلا لاكتساب الحقوق و الالتزام بالواجبات، تلك الأهلية يعبر عنها بالشخصية القانونية و هي التي تثبت للإنسان بحسب الأصل و هو ما يطلق عليه الشخص الطبيعي و يتكون الشخص الطبيعي من الجسم و الروح معا و عليه 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 الإنسان فإذا اجتمعا معا وجد الشخص الطبيعي أو الإنسان الذي يتمتع بالشخصية القانونية. و التي تبدأ بمجرد ولادة الإنسان حيا و تنتهي بموته، و هو ما نصت عليه المادة (129) من القانون المدني المصري بقولها و تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته، كما أن الشخصية القانونية قد تمنح أيضا لبعض الأشخاص كبعض الهيئات الحكومية أو الشركات: و لهذه الهيئات كيان قانوني مستقل عن أشخاص أعضائها و تكون لها أهلية التملك و التعاقد و الالتزام و يطلق عليها لتميزها عن الشخص الطبيعي (الإنسان) الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية(2).

1- أبو الوفا إبراهيم: مدى حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي و القانون الوضعي و الفقه الإسلامي (مرجع سابق). ص690. / 2- د. ياسر أحمد كامل، المدخل لدراسة القانون(نظرية الحق) دار النهضة العربية 1996م، ص109،د. نبيل إبراهيم أسعد و د. محمد حسن قاسم،2004. ص129.

2- تعريف الشيء في القانون: عرف الشيء بأنه: " ماله كيان ذاتي مستقل و منفصل عن الإنسان سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحس، أو معنويا لا يدرك إلا بالتصور". و على ذلك فإن الشيء يختلف عن المال، فالمال يقصد به الحق ذو القيمة المالية أي الذي يقدر بالنقود، أيا كان نوعه، و أيا كان محله شيئا أو عملا أما الشيء فيقصد به الدلالة على ما يحصل محلا مباشرا للحقوق التي تخول التسلط و الاقتضاء، و الأشياء قد تكون مادية و قد تكون معنوية مثل أفكار المبدعين و المؤلفينو الفنانين(1)

و وضح القانون المدني المصري الفرق بين الشيء و المال حيث نصت المادة (81) منه على أنه كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية، و الأشياء المادية يمكن أن تكون محلا للحقوق العينية و يجب أن تكون هذه الأشياء ثابتة أو منقولة و قد تكون قابلة للاستهلاك، و قد تكون أشياء مثلية أو أشياء قيمية(2)

و فيما يلي أهم الاتجاهات التي قبلت في طبيعة البصمة الوراثية :

اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثية و مدى اعتبارها من الأشياء أومن الأشخاص و يمكننا رد هذا الخلاف الفقهي إلى الاتجاهات الثلاثة الآتية: **<u>الفرع الأول: نظرية منح البصمة الوراثية صفة الأشياء</u>**يذهب أنصار هذه النظرية إلى إضفاء وصف الأشياء على البصمة الجينية و يركزون للوصول إلى النتيجة على عدة اعتبارات مفادها:

---------- 1-

نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص202.

2- المرجع السابق نفسه، ص201-202.

الاعتبار الأول:إعطاء وصف موحد لجينات الكائنات الحية، فنظرا للتشابه الذي قد يصل إلى حد الكمال بين منظومة الجينات البشرية و منظومة الجينات للحيوان فإنه ليس هناك أي دواعي للتمييز بينهما، حيث تتم في هذه الحالة إطلاق وصف الأشياء على الجين البشري في ضوء ثبوت هذا الوصف لنظيره من جينات الحيوان.

الاعتبار الثاني:وجوب الفصل التام بين تكييف الجسد الإنساني و جيناته الوراثية، فإذا كان من الصعوبة يمكن انعدام الكرامة الآدمية بوصف الجسد الآدمي بكونه شيئا ففي مواجهة ذلك فإن المنطلق يملي فصل الجين عن الجسد بصفة مطلقة، أو على الأقل عند لحظة تكييفه حينئذ الاعتباريين المتناقضين ، فنحفظ للجسد كرامته و نمنح الجين وصفه المناسب(1). و يترتب على هذه النظرية أن أعضاء الإنسان تصلح لأن تكون محلا للحقوق المالية و يمكن التصرف فيه و الانتفاع به و أن يفيد غيره باعتباره مالكا له ملكية مطلقة فجسم الإنسان بعد فصل الروح منه مجرد شيء يأخذ حكم الآلات(2).

تعرض هذا الاتجاه إلى مجموعة من الانتقادات نوجزها فيما يلي:1- لا يمكن التسليم بأن يكون التشابه غير التام بين جينات بني البشر و جينات الحيوانات انعكاس في مجال الحقوق و الحريات، بإسباغ ذات الوصف القانوني على كليهما، لأن جميع ما يرتبه ذلك من آثار غير متناسبة البتة مع المكانة السامية للبشر بين مختلف الكائنات، و مع حماية إرثنا من القيم الاجتماعية و الدينية.

1- د. طارق عبد الله محمد أبوة حوة، المرجع السابق، ص401.

2- د. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية، ط1، 2001، ص75/74.

2- لا يمكن مع وجود الاتصال بين الروح و الجسد في العالم الخارجي أن نفصل بين شخصية الإنسان و جسده، فالروح لطالما تجسدت في الجسد، فقد أصبحتا بذلك شيئا واحدلا يمكن التمييز بينهما، و الجين الوراثي لا يعد و أن يكون جزءا من جسد الإنسان يحمل كافة خصائصه، لذا فيأخذ حكمه و تفارقه صفة الأشياء

3- خطورة الآثار على اعتبار الجين في مجال القانون من الأشياء، فذلك شوف يؤثر حتما بشكل سلبي على معالم الحماية الواجب إفرادها له ووسائلها وعما إذا كان الجين معتبرا من الأشياء العامة المملوكة للأفراد الذي يملكون، حينئذ التسلط عليه بكافة أشكال التسلط

4- كما أن هذا الاتجاه محل نظر حيث أن الأشياء التي تكون محل للحقوق المالية تقبل الاكتناز و الادخار و التداول بين الأفراد و الحجز عليها و هذا لا يتفق مع طبيعة جسم الإنسان و كرامته فالإنسان ليس مالا إذا كانت له قيمة في الأسواق فمن غير المتصور أن يقوم الإنسان بادخار إنسان آخر حي أو بيعه برمته أو يتنازل عن عضو من أعضائه أو حجزه فهو إذن ليس شيء أو مال يمكن التصرف فيه(1)

الفرع الثاني: نظرية منح البصمة الوراثية صفة الأشخاص

يتبوأ الجسد البشري، في منطق هذا الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي مكانا ساميا، إذ هو الشخص الإنساني في جوهره، و هو الجسد الذي يتكون من أجزاء (عناصر و منتجات)، و بما أن المعلومات الجينية المحمولة في الجين البشري تمثل جزء من هذا الجسد، فإنها تتبعه و تدخل في وظائفه(2). ----------

1- د. طارق سرور، المرجع السابق، ص77.

2- د. طارق عبد الله عبد المحمد أبو حوة، المرجع السابق، ص403.

حيث لا يمكن التسليم بأن الإنسان له حق على جسمه من الناحية القانونية فالجسم ليس محلا لحق شخص ما و يمارس عليه سلطات لأن الإنسان ليس إلا كيانا عضويا و نفسيا، يكون مجموع متكاملا لا ينقل جزء فيه عن غيره، و قد ورد في القرآن الكريم معالم التطور السماوي الذي ينتقل فيه الكائن الإنساني في صورة إلى أخرى ليصبح كيانا واحدا متكاملا.قال سبحانه و تعالى: (وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ* ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ* ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ) –سورة المؤمنون– آيات من 14/12

و في هذه الآيات الكريمة ما يبين حقيقة تكوين الإنسان و يؤكد أن التمييز بين صاحب الحق و محل الحق لا أساس له هنا لأن الإنسان لا يكون إلا بتوافر عناصره، فهو و جسمه وحدة واحدة لا تنفصل فإذا كان الإنسان ذاته يتمتع بالحرمة، فإن جسمه كذلك يتمته بنفسالحرمة(1).**نقد هذا الاتجاه:** على الرغم من أن هذا الاتجاه يقدم حماية فعالية للخلية الجسدية و مميزاتها الوراثية ضد الانتهاكات البيولوجية التي يمكن أن تصيبها في كيانها الوراثي، إلا أن إغراقها في المثالية قد أدى إلى هجرها كنظرية الأشياء خاصة عدم قبول النتائج المترتبة على ذلك، حيث يؤدي هذا الاعتراف بالشخصية القانونية لجثة الإنسان، كما أنه يحظر التبرع بالأعضاء البشرية مهما قيل من المبررات النبيلة لذلك.

1– د. طارق سرور، المرجع السابق، ص85–86.

كما أن القول بهذه النظريات يؤدي بنا إلى تعميق العلاقة بين الشخصية القانونية و مشتقات الجينات الآدمية، حيث يمتد وصف الأشياء الشخصية القانونية إلى كل المواد التي يفرزها الجين كلبن الأم ، و شعر الرأس و باقي الإفرازات، فهل من أجل حماية هذه المواد يجب الاعتراف بالشخصية القانونية طبقا لهذا الاتجاه. **الفرع الثالث: نظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة**

بين الاتجاهين السابقين ظهور اتجاه ثالث حاول التوفيق بين التعارض القائم بين نظريتي الأشياء ذات الطبيعة الخاصة و التي ابتدعوها، تنفرد فيها البصمة الوراثية بحماية جيدة لأنها تدخل في نطاق الأشياء التي يجب معاملتها معاملة خاصة، و تبتعد في نفس الوقت، عن إدراجها في نطاق المعاملات التجارية التي تعطيها وصف الأشياء التقليدية(**1**). و أخيرا نظرا لهذه الانتقادات التي وجهت للاتجاهات المتقدمة، فإن بعض الفقه الفرنسي قد راح نحو الاعتراف بعدم جدوى قضية التكييف هذه من أساسها فقال: عن ماذا نتكلم نحن و نقول، حيث نتساءل عن اعتبار المعلومات الجينية من الأشياء أو الأشخاص، إن جوهر هذه المعلومات معروف، و أن المناقشات يجب أن تتجه لمعرفة الوضع القانوني للجسد الإنساني هل هو صاحب الحق أم هو محل الحق(**2**)، و حسب المفهوم الفرنسي فإن الجسم الإنساني محمي بصرف النظر عن كونه من الأشخاص أو من الأشياء ، و بما أن البصمة الجينية عنصر من عناصره فهي محمية أيضا.

1- ----------

أشار اليه رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري و الاستنساخ و تداعيته، دار النهضة، 1998، ص174.

المبحث الثاني: تمييز البصمة الوراثية عن غيرها من المصطلحات الأخرى ومشروعية استخدامها

تمهيد: تمثل البصمة أداة من أدوات الإثبات على درجة عالية من الأهمية في نظر القضاء و ذلك في مجال تحقيق شخصية الفرد، نظرا لما تتميز به من الثبات و عدم إمكانية تغييرها أو تقليدها

و قد حظيت البصمة كوسيلة إثبات، في جميع دول العالم باهتمام الباحثين و الدارسين و تناولتها النظم القانونية في بعض الدول، بوصفها دليل إثبات قاطع هذا و كان من نتيجة النهضة العلمية الحديثة أن تحققت مجموعة من النتائج العلمية للكشف عن الجريمة على أساس من التجربة و البرهان، حيث امتدت وسائل البحث و التعرف على المجرمين إلى مجموعة من أعضاء الجسم، منها بصمات الأصابع، و بصمات الأسنان و الأذن، و الشفتين، و العيون، و الصوت، فإذا كان الأمر كذلك فما هو المعيار الذي يمكن أن نميز به البصمة الوراثية عن غيرها من هذه البصمات التي تحدد هوية الإنسان، وهي محاولة لتحديد نطاق عمل البصمة الوراثية D.N.A و بيان تفوقها عن غيرها من البصمات. و الإجابة على ذلك لا تتضح إلا إذا تعرضنا لبعض هذه البصمات، و إذا انتهينا من ذلك نكون قد قارنا البصمة الوراثية بجميع البصمات الأخرى على حد علمنا، التي يمكن أن نستخلص من جسم الإنسان، و سوف يتضح لنا من هذه المقارنة مدى تفوق البصمة الوراثية D.N.Aعلى غيرها من البصمات.

المطلب الأول: بصمات الأصابع و البصمة الوراثيةيمكن تعريف بصمات الأصابع بأنها: الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها إحدى السطوح المصقولة، و هي طبق الأصل من أشكال الخطوط الحلمية التي تكسو الأصابع و هي لا تتطابق إطلاقا حتى في أصابع الشخص الواحد بينما يمكن أن تتشابه بين شخصين أو أكثر، كما أنها لا تتأثر بعوامل الوراثة، و لا تتطابق مع بصمات الآباء مع الأبناء أو الأشقاء حتى و لو كانوا توأم قد نشأ من بويضة واحدة أو أكثر بل تتنوع البصمات بالنسبة لكل شخص تنوعا لا حد له بحيث تتميز بصمات كل شخص بمميزات خاصة ينفرد بها دون أي شخص آخر في العالم أجمع(1).

و قد توصل العلماء إلى تقييم بصمات الأصابع رغم اختلافها في التفاصيل وفق ما بها من خطوط متمازجة فمنها البصمات المفتوحة و المغلقة و بصمات على شكل رؤوس أو متحدة المركز(2)، و يمكن تمييز بين بصمات الأصابع و البصمة الوراثية من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: كيفية التقاط بصمات الأصابع نلتقط بصمات الأصابع من مسرح الجريمة و عادة ما تكون على الأشياء التي يمكن أن يلمسها المجرم وقت ارتكابه الحادث كزجاج النافذة التي دخل منها أو على الباب الذي خرج منه أو درج الكتب أو الدولاب أو المسدس.

1- د. أسامة محمد الصغير، البصمات وسائل فحصها و حجيتها في الاثبات الجنائي، دار الفكر القانوني، 2005، ص22.

2- محمد أحمد غانم الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات بالبصمة الوراثية، دار الجامعة الجديدة، 2008، المرجع السابق، ص7.

و بصمات أصابع الجاني إما أن تكون لأصبع أو اكثر من أصابع اليد أو بجزء من يده أو بصمة لأصابع قدميه إن كان حافي القدمين، و تضاهي البصمة التي عثر عليها في مسرح الجريمة مع بصمة الشخص المشتبه فيه، و إذا لم يهتد البوليس إلى هذا الأخير فإنه يحتفظ بالبصمة المرفوعة من مكان الحادث لتضاهى ببصمة مجرم يضبط في حادث لاحق فينسب إليه الحادثان السابق و اللاحق في حالة تطابق البصمات(**1**). و عن كيفية التقاط البصمات يقول أحد الفقهاء أنه، إذا كانت البصمة ظاهرة للعين يجب عدم التسرع في استخدام المساحيق خشية طمس البصمة و الأفضل أن تفحص بعدسة مكبرة من ثلاث عشرة مرات و إذا كانت البصمة خفية تعين إظهارها عن طريق رشها بمسحوق يتباين لونه من لون السطح الذي توجد عليه البصمة(**2**).

<u>الفرع الثاني: التقاط بصمات الأصابع بالنسبة للبصمة الوراثية</u>أما بالنسبة للبصمة الوراثية :

قطعا لن نعيد ما سبق أن ذكرناه و كذلك لن نقارن بين البصمة الوراثية و بصمات الأصابع مقارنة علمية إذا ليس هذا المقصود من هذا المطلب و إنما الغرض هو توضيح التفرقة بينهما من حيث مميزات و عيوب كلا منها و يتضح لنا تفوق البصمة الوراثية عن بصمات الأصابع من خلال ما سبق ذكره. -

----------1- قامت اليابان بتسجيل بصمة ستة ملايين شخص منهم من لهم سجلات في الجريمة عن طريق الحاسب و انتهت فمن ذلك في أكتوبر 1984و بدأت المضاهاة لأي بصمة يتم العثور عليها في مسرح الجريمة. محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص62.

2-د. رمسيس بهنام، البوليس العلمي و فن التحقيق، منشأة المعارف، 1999م، ص46.

الفرع الثالث: كيفية التقاط البصمات الوراثية من مسرح الجريمةيتبين تفوق البصمة الوراثية عن بصمات الأصابع من خلال أن التقاط الحامض النووي من مسرح الجريمة فهو أيسر و أسهل، إذا كثير ما تفشل المساحيق المستخدمة في الكشف عن بصمة الأصابع مما يضطر إلى استخدام أجهزة أخرى أكثر تعقيدا مثل أشعة ما فوق البنفسجية و الطرق الكيميائية مما يعني صعوبة استخلاص بصمات الأصابع من مسرح الجريمة و مضاهاتها

كما أن المجرمين كثيرا ما يتحفظون حتى لا يتركوا آثار لبصمات أصابعهم فيلجؤون إلى وضع قفازات أو مواد كيماوية في أيديهم لطمس أي أثر يمكن أن يدل على صاحبه أما استخلاص الحامض النووي فكما سبق أن ذكرنا أنه يمكن التقاطه في أي خلية من خلايا جسم الإنسان على مسرح الجريمة (خصلة شعر، دم، منى،...الخ). و بالتالي فإن مجال الالتقاط في البصمة الوراثية من مسرح الجريمة أوسع منه في بصمة الأصابع و كما أن قوة الحامض النووي في القدرة على تحمل الظروف الجوية المختلفة و التعفن أوقة بكثير من بصمات الأصابع الموجودة في مسرح الجريمة(**1**).

بالإضافة إلى أن عملية المضاهاة في بصمة الأصابع أقل دقة و هي مضاهاة لأشكال فيزيائية أما في عملية المطابقة في البصمة الوراثية فهي عملية دقيقة و حسابية إلا أنه يسجل على البصمة الوراثية أنه في حالة التوائم المتماثل فإن البصمة الوراثية واحدة بعكس بصمات الأصابع التي تكون مختلفة في هذا الفرض(**2**).----------

1- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص87.

2- المرجع السابق نفسه.

المطلب الثاني: البصمة الوراثية D.N.A و بصمات الوجهيشتمل الوجه على العديد من البصمات التي تساهم في كشف المجرمين و منها بصمة الأسنان و بصمة الصوت و بصمة الشفتين و سوف يتم تمييزها عن البصمة الوراثية كالتالي:**الفرع الأول: البصمة الوراثية D.N.A و بصمةالأسنان**يقصد ببصمة الأسنان: تلك الآثار التي تركها الجاني على شكل علامات عض سواء في المأكولات أو على جسم المجني عليه، كما في ضحايا الاغتصاب، أو القتل، كما قد تظهر هذه العلامات أيضا على الجاني في حال مقاومة المجني عليه.

و تستخدم بصمات الأسنان في مجال الإثبات على الأوضاع الترابطية للأسنان و اتساعها و المسافات البينية فيما بينها و البروزات الظاهرة على حافة الأسنان(**1**)، و لا تقتصر أهميتها في مجال البحث الجنائي و إنما تؤدي الأسنان دورها كذلك للتعرف على الجثث المجهولة التي انتشلت من كوراث الطيران أو الحرائق فقد أصبح طبيبا الأسنان في كثير من البلاد عضوا في الفريق او المنظومة التي تعمل على حقل الجريمة إلى جوار المحقق و رجل الشرطة و خبير البصمات، أما أوجه التمييز بين البصمة الوراثية فتكمن في إمكانية استخدام البصمة الوراثية في جميع الجرائم المسرحية، أما بصمة الأسنان فلا يتم استخدامها إلا في نطاق محدود و احتمال عدم وجود آثار للأسنان يفوق احتمال وجود آثار مادية أخرى في مسرح الجريمة(**2**).----------

1- د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص143.

2- د. محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص80.

الفرع الثاني: البصمة الوراثية D.N.A و بصمة الشفتينتعتبر بصمة الشفتين أسلوبا حديثا من أساليب تحديد الشخصية، حيث من الثابت علميا أن الجلد الذي يغطي أصابع اليد و الكفين و الشفاه له مميزات منفردة في نوعيتها و ينتج عنها انطباعات تقوم بدور أساسي و حيوي في مجال كشف الجريمة(1)

و ترجع حجية بصمة الشفاه في مجال الإثبات إلى منتصف شهر ديسمبر عام 1968 عندما أرسل خطابا إلى المدير العام لشركة طوكيو و تضمن تهديدا بنيف مقر شرطة العاصمة، و لم يكن من آثار هذا الخطاب سوى آثار شفتين على الظرف من الخارج، و قد تم إرسال المظروف إلى مصلحة الطب الشرعي للأسنان بكلية الطب بطوكيو، و في نفس الوقت تم اعتقال عدد من المشتبه فيهم، و بمضاهاة بصمات الشفاه الموجودة على الظرف المرسل ببصمة شفاه أحد المشتبه فيهم فانطبقت تماما(2)

و يبدو تفوق البصمة الوراثية على بصمة الشفتين من حيث أن هذه الأخير لا تستخدم إلا في حالات قليلة و محدودة مثل الجرائم الجنسية، الاغتصاب، و هناك العرض و زنا الزوجةو القتل من أجل الجنس بخلاف البصمة الوراثية فهي تستخدم في جميع الجرائم الجنسيةو الحوادث.----------1- و قد نشرت مجلة الطب الشرعيالصادرة في يونيو سنة 1997، مقالا تحت عنوان تحقيق ذاتية الشخص عن طريق بصمة الشفاه يفيد بأنه في سنة 1950 تبين في حادة مرور أن التجاعيد و التشققات في الشفتين لها نفس الخواص الشخصية التي تتمتع بها بصمات الأصابع و هو نفس الأمر الذي قرره أحد العلماء البرازيليين بالجامعة الفيدرالية عام 1966، د. أسامة محمد الصغير، المرجع السابق، ص46. 2- د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص145.

الفرع الثالث: البصمة الوراثية و بصمة العين و الصوت بصمة العين و الصوت

و هي البصمة التي اكتشفها العلماء في سنة 2002 و تستخدمها الولايات المتحدة الأمريكية و أوروبا حاليا في المجالات العسكرية، و هي أكثر دقة من بصمات اليد لأن لكل عين خصائصها فلا تتشابه مع غيرها و لو كانت لنفس الشخص(1)

و يتم التقاط بصمة العين عن طريق النظر في عدسة جهاز تم تصميمه لهذا الغرض خصيصا و الذي قام بدوره بالتقاط صورة شبكة العين(2)

و لا شك أن استخدام بصمة العين في الكشف عن الجرائم يعد وسيلة علمية حديثة و لكنها تبقى وسيلة تكميلية لا تكفي لوحدها نسبة الاتهام إلى شخص لمجرد أنه كان ذو سوابق قضائية، و إنما يمكن تقوية دليل الاتهام ضده بذلك و من ثم تبدو المقارنة بينها و بين البصمة الوراثية غير مجدية، كما أنها لم يتم استخدامها كدليل يعتمد عليه أصلا في الإثبات أو في الكشف عن الجرائم لذلك ليست لها حجية في القوانين العربية و لا في القانون المقارن. – ماهية بصمة

الصوت: الصوت ظاهرة فيزيائية تصدر عن الإنسان في مناسبا شيء عن طريق جهاز النطق، و يحدث الصوت في الإنسانننتيجة اهتزازات الأوتار الصوتية في الحنجرة بفعل هواء الزفير بمساعدة العضلات المجاورة و التي تحيط بها غضاريف صغير تشترك مع الحنجرة و القصبة الهوائية و الشعب الهوائية، و الرئتين و اللسان و الشفتين و الفكو الأسنان لتخريج نبرة صوتية تختلف من شخص لآخر و ليتميز الإنسان عن غيره فقد ورد في القرآن ما يدل على وجود بصمة الصوت.---------

---------- 1- محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص38.

2- د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص140.

و ذلك في قوله تعالى: {حَتَّى إِذَا أَتَوْا عَلَى وَادِ النَّمْلِ قَالَتْ نَمْلَةٌ يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَ جُنُودُهُ وَ هُمْ لَا يَشْعُرُونَ* فَتَبَسَّمَ ضَاحِكًا مِنْ قَوْلِهَا وَ قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَ عَلَى وَالِدَيَّ وَ أَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَ أَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ} [النمل:18-19] (1)،فقد جعل الله بصمة لصوت سيدنا سليمان عليه السلام جعلت النمل يتعرف عليها، و كذاك جعل الله لصوت النمل بصمة تعرف عليها سيدنا سليمان، و قد استغل البحث الجنائي بصمة الصوت في التعرف على هوية الأشخاص و لو نطق الشخص بكلمة واحدة و ذلك بواسطة جهاز يسمى " الأسبكتروغراف " و كما ذكرنا أنه وسيلة استخدمته العديد من البنوك الأمريكية و الأوروبية، و ذلك بتخصيص لبعض العملاء خزائن لا تفتح إلا ببصمة الصوت و هذا ما يكتسب الكلام لدى الإنسان خواص ذاتية تحتوي على مميزات فردية(2)، و تعرف هذه التقنية بالتعرف على المتكلم و هو بدلا من كلمة السر Passe Word،حيث يستطيع المتكلم جعل صوته وحده هو الذي يفتح الحاسب الآلي الخاص به، أو تكون وسيلته الوحيدة للسحب من رصيده في البنوك. و يطلق على هذه التقنية Voice Print و التي بإمكانها التعرف على المتكلم من خلال نطقه لأي حرف بأي لغة، حيث يقوم الحاسب الآلي ببناء نموذج رياضي لبصمة الصوت الصادر من المنطقة بين فتحة الحنجرة و الفم و قياس درجة طنين الصوت المرتبط بالتجويف الخلفي للإنسان(3).

---------- 1- سورة النمل/ الآية 19/18.

2- د. حسن المحمد بوادي: الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، منشاة المعارف، 2005، ص65.

3- مصطفى محمد مرسى، أساليب إجرامية بالتقنية الرقمية، سلسلة اللواء في مكافحة الجريمة، ط1، 2003، ص47.

و يمكن للمواقع التي لديها مفتاح بصمة صوت المستخدم أن تعد له طلباته سواء كانت بيانات أو مشتريات بمجرد التعرف على بصمة صوته

و تبرز أهمية الصوت كظاهرة فيزيائية تصدر عن الإنسان في مناسبات شتى عن طريق جهاز النطق للكلام في تحديد الموقف الجنائي للمتهم في نوعيات كثيرة من الجرائم التي يشكل فيها الصوت الصادر عن الحديث عن جريمة جنائية كالقذف و التهديد و الإزعاج و الاتفاق الجنائي، أو إذا كان مضمون الحديث يشكل اعترافا غير قضائي بارتكاب جريمة أو دليلا على التطور فيها لجرائم الرشوة و التآمرو التجسس و التخابر مع الأعداء و كذلك جرائم المخدرات و الآداب و نحوه

و لأهمية بصمة الصوت و تشخيصها بلغت تقدما كبيرا، فبعض المصارف في الولايات المتحدة الأمريكية، أدخلت فكرة الطلبات الهاتفية لفتح الحساب الجاري وسحب الرصيد و باقي المعاملات المصرفية الأخرى، حيث يوضع جهاز من الأجهزة الخاصة بتحليل و تشخيص الأصوات في كل مصرف يقوم بتحليل و مقارنة صوت العميل المنادي للهاتف، مع الصوت النموذجي المسجل لدى المصرف، مثل نماذج التوقيع التي يحتفظ بها المصرف للعملاء و هي الطريقة المسماة لBank-By-Phone System(1)

و هذه التقنية تعتمد على الأحبال الصوتية و تجويف الأنف و الفم حيث يتحكم فيها نبرات و طبقات صوتك التي لا يمكن تقليدها(2)، و هذه التقنية شائعة في البيوت بأمريكا فعندماتقول مثلا "افتح الباب" "ينفتح أوتوماتيكيا"، لأن الجهاز يتعرف على نبرات صوتك و يسجلها بذبذبة ترددية واحد على ألف من الثانية. ----

----------1- د. جمال جرجس تاضروس، الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية، دار النهضة العربية، 2006، ص52. 2- محمد فريد الشافعي: البصمة الوراثية و دورها في الاثبات، دار البيان، 2006، ص52.

و يحدد الصوت في الإنسان نتيجة الأوتار الصوتية في الحنجرة بفضل هواء الزفير بمساعدة العضلات المجاورة التي تحيط بها غضاريف صغيرة تشترك جميعها مع الشفتينو اللسان و الحنجرة لتخرج نبرة صوتية تميز الإنسان عن غيره.

و من المعلوم بحكم التجربة أنه يسهل التعرف على الشخص من نبرة صوته، فمثلا عندما يقوم أحد الزملاء أو الأصدقاء بالاتصال بك بجهاز التيليفون فإنك تعرفه بعد كلمتين أو ثلاثة نبرات صوته التي تعرفه مسبقا

و يرجع ذلك إلى أن لكل شخص طريقة خاصة في التحدث، بل أيضا إلى التنوع الذي لا يقف عند الإحداثيات السمعية للمجال الصوتي الذي تجده لدى سكان بلد ما، و من المؤكد حتى الآن عدم إمكان العثور على صوتين متطابقين تماما، و يعد علم تمييز الأصوات و تشخيص الجاني من خلال صوته من الأدلة العلمية التي أحدثت تطورا هائلا و خطيرا في ميدان علوم تحقيق الشخصية

FORENSICIDENLIFIC ALLONSCLENCE. كما أن استخدامها في المجال الجنائي يعد أهم الأساليب العلمية الحديثة في الكشف عن مرتكبي الجرائم المختلفة، و تعتمد طريقة التعرف على الشخصية عن طريق بصمة (فردية) الصوت على حقيقة علمية مغزاها أن نطق الكلمات أو الجمل يختلف من شخص لآخر.

– كيفية تسجيل الأصوات

تتميز الأصوات بنغماتها التوافقية التراكمية على هيئة موجة أساسية، و عند التسجيل تتحول التغيرات في الضغط إلى طاقة كهربائية بواسطة الميكرفون و يتم تسجيلها على شريط مغناطيسي

فالتسجيل ما هو إلا نقل ذبذبات الموجات الصوتية من مصادرها بنبراتها و مميزاتها الفردية و خواصها الذاتية بما تحمله من عيوب في النطق إلى شريط تسجيل داخل صندوق (كاسيت) بحيث يمكن إعادة سماع الصوت للتعرف على مضمونه و إدراك خواصه التي تشكل عناصر المقارنة عند مضاهاته بصوت الشخص المنسوب إليه،

مما يتيح لنا تقرير إسناده إليهأو نفيه(1)

و يتم التسجيل بواسطة أجهزة تعتمد على حفظ الإشارات الكهربائية التي تمثل الصوت عند صدوره على هيئة مخطط مغناطيسي على شريط بلاستيكي مغطى بطبقة رقيقة من مسحوق أكسيد الحديد أو أي مادة مغناطيسية أخرى، و عند التسجيل فإن الإشارة الكهربائية تمر برأس التسجيل الذي يطبع التأثير المغناطيسي على الشريط

- شروط و ضمانات التسجيل:

تعتمد مشروعية دليل الإسناد في نسبة الصوت المسجل إلى مصدره إلى عنصرين هما: العنصر الإجرائي، و العنصر الفني

العنصر الإجرائي: و هو يتمثل في صحة الإجراءات التي اتخذت بشأن وفق القواعد الإجرائية التي تحكمه، و أهمها صدور الإذن بتسجيل الأحاديث الخاصة من السلطة القضائية المختصة، و يكون الإذن لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلا للتجديد، و يكون التسجيل الذي يتم بدون إذن من جهة الاختصاص أو الذي يجري قبل و بعد مدة الصلاحية باطلا. و كذلك يجب أن يتم تداول الأشرطة في إطار من التثبيت القانوني بحيث لا يمكن القول بأن هناك فترة زمنية خرجت فيها الأشرطة عن سيطرة القائم بعملية التسجيل، و ذلك حتى الانتهاء من التفريغ و تحرير التقرير مرتبطا بالنتيجة(2).

-----1- د. حسن المحمد بوادي: الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، المرجع السابق ص67.

د. رمسيس بهنام، البوليس العلمي و فن التحقيق، المرجع السابق، ص143.

2- . جمال جرجس، الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية، المرجع السابق، ص460.

العنصر الفني: و ذلك للتغلب على ما يؤثر على الطاقة الصوتية أثناء النقل أو عمليات المونتاج التي قد تحدث عن طريق إمكانية تركيب الأصوات، من خلال عمليات دقيقة تتم بواسطة الحاسب الآلي و قد يصعب اكتشافها و تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي: – استخدام أجهزة التسجيل ذات البكرات الكبيرة و عدم استخدام الأجهزة ذات الشرائط الصغيرة

– يجب استعمال أشرطة عالية الجودة و ذات سمك كاف.

– يجب أن لا يكون الشريط المستخدم قد سبق استعماله في تسجيل آخر.

– يجب أن لا يقتصر في فحص الصوت و إجراء المقارنة المضاهاة لاستخلاص أدلة الإسناد على الجانب الفيزيائي باستخدام جهاز التخطيط التحليلي للصوت فقط، بل يجب كذلك دراسة عيوب النطق و الخصائص الذاتية للتخاطب و التي تعتبر من عناصر الصوت التي يجب أن تخضع للدراسة عن طريق السماع من قبل خبير النطق عند إجراء المقارنة، بحيث يلعب هذا النوع من الفحص دورا حاسما في تقرير حجية الإسناد و مرتبتها الإثباتية جنبا إلى جنب من الفحص الفيزيائي كوحدة متكاملة، و من ثم فإن البعض يرى(**1**)، ضرورة أن تتضمن مراكز أبحاث الصوت في المجال الجنائي وحدتين هما: وحدة الفيزياء، و ذلك باستخدام جهاز التخطي التحليلي للصوت و الأجهزة المساعدة و الخبير المختص بهذا الفحص هو مهندس الصوت، ووحدة فحص النطق و التخاطب، و الخبير المختص بهذا الفرع من الفحص السماعي هو أخصائي النطق و التخاطب.

---------- 1–د. حسين المحمد بوادي: الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، المرجع السابق، ص73.

- مشروعية بصمة الصوت:

يشكل الصوت البشري جواز سفر سمعي يمكن استخدامه في كافة المجالات و التجارب و غيرها و بعد أن تمكن العلم من تحويل الصوت إلى خطوط مرتبة أصبح من الممكنو اليسير إجراء مقارنة بين الصوت المسجل و أصوات المشتبه فيهم بطريقة تشبه إلى حد كبير الطريقة المتبعة في فحص الأصابع أو النصوص المكتوبة باليد و كانت تسمى في بادئ الأمر الصورة الصوتية، و قد اهتمت معظم الجهات المختصة في الدول العربية و الأجنبية بالبصمات الصوتية و دراستها و محاولة التوصل إلى خباياها للاستفادة منها في كافة المجالات النوعية المختلفة(1)

و تشير الدراسات العلمية الحديثة إلى أن الصوت يعد من الصفات المميزة في تحديد شخصية الإنسان، فهو يشبه بصمات الأصابع في هذا المجال، فلكل شخص صوت خاص به يختلف تماما عن شخص آخر و يمكن تمييزه و التعرف على صاحبه من بين العديد من الأصوات بمجرد سماع صوته(2)

و بالرغم من تطور العلم الحديث و تمكينه من تحويل الصوت إلى خطوط مرئية جعلت من الممكن و اليسير المقارنة بين صوت شخص و آخر، فإن صلاحية بصمة الصوت و قبولها كوسيلة من وسائل التعرف على الشخصية لدى المحاكم المختصة قد تباينت من قضاء إلى آخر و من تشريع إلى آخر. ---

---------- 1- د. محمود محمد عبد الله، الأسس العلمية و التطبيقات للبصمات" رسالة دكتوراة أكاديمية مبارك للشرطة، 1991، ص350.

2- منصور عمر المعايطة: " الأدلة الجنائية و التحقيق الجنائي" المركز الوطني للطب الشرعي" ، ط2000، ص86.

فيذهب الفقه إلى القول بأن الدليل المستمد من بصمة الصوت – مادامت وسيلة الحصول عليه مشروعة – يخضع للمبدأ العام في الإثبات الجنائي، و هو مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي(1)، و في ذلك قضت محكمة النقض بمشروعية الدليل الصوتي قائلة: " لما كان كل ما يثيره الطاعن من النص المتصل بالدليل المستمد من التسجيل بعدم مشروعيته مردودا عليه بأن المحكمة قد خلصت بما لا يدع مجالا للشك إلى تكوين عقيدتها في الدعوى بما استقر لديها من شهادة الشهود و القرائن و أقوال الطاعن عن نفسه، أما ما استطرد إليه الحكم –بعد أن استوفى دليله – من الحديث عن واقعة تسجيل المناقشة التي دارت بين الطاعن و الشهود الذين سمعتهم المحكمة، و اطمأنت إلى روايتهم، فإنه لامجال لإثارة مثل هذا الدفع بصدد أحاديث جرت في مكان مفتوح للكافة و دون ثمة اعتداء على الحركات" (2).

و يتبين من هذا الحكم أنه طالما اطمأنت محكمة الموضوع إلى عدم إدخال تغيير أو تبديل على الشريط المسجل، فاستندت إليه في حكمها فيكون حكمها صحيحا. و قد اعتمدت المحكمة على صحة التسجيل و عدم التلاعب فيه باعتبار أنه قد سجل المناقشة في جلسة واحدة و في مكان و دون اعتداء على المحرمات.

إلا أن البعض الآخر من الفقه قد شكك في شأن اعتبار الدليل المستمد من الصوت دليلا يخضع للمبدأ العام في الإثبات، و ذلك لأن شعور الشخص المشتبه فيه و الجاري إعادة تسجيل صوته للمضاهاة تنتابه حالة من التقلبات في ضغط الدم و التنفس و دقات القلب مما ينعكس علة حالة نطقه بصفة عامة، و على أعضاء النطق لديه بصفة خاصة لا سيما كونه تحت التحقيق(3).----------

----- 1–أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1981، ص499. 2– نقض 1965/11/9، مجموعة أحكام النقض س16، رقم 158 ص827 أورده محمد صالح رزق ناجي، " سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الاثبات الحديثة، رسالة ماجستير معهد البحوث و الدراسات العربية 2008، ص132./ 3– د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مناط التحريات، منشأة المعارف، 1998، ص78.

و كانت محكمة النقض قد ذهبت في أحد أحكامها إلى رفضها الاعتداد بالدليل المستمد من بصمة الصوت في قولها: " من المقرر أنه يكفي في المحاكمات الجنائية، أن يتشكك القاضي في إسناد التهم إلى المتهم لكي يقضي له بالبراءة "، فإذا كانت المحكمة قد قررت أن التسجيل المقدم ضد المتهم لا تطمئن إليه فضلا عن أن المعروف أن الأصوات تتشابه، فإن أمر إمكان الصيغة الداخلية على التسجيل، أمر لا يستبعد من اعتقادها، و كانت المحكمة قد أفصحت عن الأسباب الشائعة، التي من أجلها التفتت عن عملية التسجيل الصوتي، شاملة أقوال من شاهدوها – فإنه ينحسر بذلك عن الحكم مقالة القصور في التسبيب أو الفساد في الاستدلال – (1)

و بالرغم من التباين بين الفقه و المتخصصين، فإن المشروع المصري لم ينص صراحة على حجية البصمة الصوتية في مجال الإثبات الجنائي، لكن الدستور المصري الصادر في 1971 نصت المادة (1/45) على أنه لحياة المواطنين حرمة يحميها القانون و في ذلك المحادثات التليفونية و غيرها من وسائل الاتصال لها حرمتها و سريتها مكفولة لا يجوز مصادرتها إلا بأمر من القاضي و لمدة محددة وفقا لأحكام القانون(2)، هذا عن كيفية إجراءات الحصول على بصمة الصوت لتكون صحيحة.

1- نقض مصري 1974/5/13، رقم 98، مجموعة أحكام النقض، س25 ص461.

2- عبد المهيمن بكر، إجراءات الأدلة الجنائية، ج1، في التفتيش، ط1، دار النهضة القاهرة 1998، ص413.

أما عن قبول هذا الدليل فهو راجع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي ففي قضية التي تدور وقائعها في أن المتهم موظف عام متهم في تعاطي رشوة مقابل الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته فأحيلت القضية إلى محكمة أمن الدولة ببني سويف فستعمل في جمع الأدلة على تسجيل صوت كل المتهمين، و ذكر في ذلك مبلغ الرشوة و أقر الخبير الأصوات، أن تلك الأصوات الواردة في التسجيل هي مطابقة لأصوات المتهمين إلا أن تم التشكيك في صحة إجراء التسجيل، و هذا ما يدل على إمكانية الاعتماد على بصمة الصوت و لو كالقرينة، و الواقع العلمي قد أثبت من خلال التجربة أن بصمة الصوت من الصفات الثابتة ما يجعل قبولها في تحقيق الشخصية أمرا ضروريا، من ثم مازال الأمل معقود، على المشرع المصري في الاقتناع بالقيمة الإثباتية للبصمة الوراثية و الدليل المستمد من بصمة الصوت يمكن أن يكون قطعيا ما دام وسيلتهم للحصول عليه مشروعة، ولا تخرج عن المبدأ العام الذي يفرض من سيطرته على الإثبات الجنائي، و هو مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي أو سلطة القاضي في تقدير الدليل.

المطلب الثالث:

موقف الفقه و التشريع الغربي من البصمة الوراثية أصبح إجراء اختبارات الزنا نشاطا روتينيا في الطب الشرعي و الشرطة في الدول الغربية منذ أن أكتشف علم الوراثة البريطاني" إليك جيفري" تتابعت القواعد النيتروجينية على شريط D.N.A و من ثم تم اكتشاف البصمات الوراثية.

و يمكن التمييز فيما يتعلق بالنظام القانوني للمنظمات الوراثية في التعريفات الغربية بين اتجاهين:

الاتجاه الأول: هو اتجاه حر و يقوم على أساس استخدام اختبار D.N.Aو من ثم البصمات الوراثية في نطاق كل الجرائم دون أي تمييز و يمثل هذا الاتجاه إنكلترا.

الاتجاه الثاني: و هو اتجاه مقيد عن الأول بحيث لا يسمح باستخدام اختبارات D.N.Aإلا في نطاق ضيق جدا، و ذلك يقصد التعرف على حالات التكرار الإجرامي و ذلك بشكل سريع. و ذلك باكتشاف الأشخاص الذين سبقت إدارتهم بموجب حكم قطعي كما هو عليه الحال في الجرائم الجنسية. و تعتبر هولندا من الدول المطبقة لهذا الاتجاه و في هذا الاتجاه لا يمكن إجراء اختبارات D.N.Aإلا إذا أمر به القاضي و لا يجوز تخزين البصمات الوراثية في السجل الآلي إلا بموجب قرار قضائي(1) سنكتفي

بعرض كلا من النظامين، نظام البصمات الوراثية في الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا و ذلك من خلال الفرعين التاليين: **<u>الفرع الأول: النظام الأمريكي</u>**بعد اختبار البصمة الوراثية وسيلة فعالة في الكشف عن الجريمة و نزع القناع عن وجه فاعليها، من هذا فإن استخدام اختبار الزنا في الولايات المتحدة الأمريكية أول مرة عام1986 بشأن قضية كانت تنظر فيها إحدى محاكم ولاية بنسلفانيا، ثم تسارع استخدام هذه التقنية بشكل كبير و بالمقابل فقد تبين أن القيمة الثبوتية لاختبار D.N.A تتبع المنهجية الدقيقة و الصارمة التي يخضع لها إجراء الاختبار. ----

----------1- فواز صالح، دور البصمة الوراثية في القضايا الجنائيةدراسة مقارنة،مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد23، العدد الأول، 2007، ص303/302.

و لعل قضية المدعي عليه "كاسترو" في العام 1989(1) التهم بجريمتي قتل المثال الحي على ذلك بحيث كانت هذه القضية الدافع الرئيسي للسلطات الأمريكية كي تضع معايير النوعية التي تسمح بتجنب مثل تلك الحوادث في التشكيك في نتائج D.N.A ففي القانون الصادر في عام 1994، المتعلق بتحديد الهوية عن طريق اختبارات D.N.Aهذه المعطيات و ينص هذا القانون على منح المعونة للسلطات المحلية بهدف تطبيق اختبارات D.N.A في المخابر و العمل على تطويرها و تحسينها(2). و كذلك أجاز هذا القانون الفيدرالي إنشاء سجلات بهدف تخزين البصمات الوراثية لمرتكبي الجنايات و الجنح و كذلك تخزين البصمات الوراثية المستخلصة من الأدلة و القرائن البيولوجية المجهولة و قد أعلنت F.B.Iأنها خزنت في نظامها للمعلومات أكثر من مليون عينة DNA للمتهمين لأكثر من خمسين ولاية لاسيما في جرائم الأطفال(. و أضف إلى ذلك أن كل ولاية سنت منذ نهاية الثمانينات من القرن العشرين تشريعات تقضي بأخذ عينات D.N.A من مرتكبي جرائم الاعتداءات الجنائية أو جرائم العنف و الخطف و السرقة و تسمح بإنشاء سجلات آلية و بنوك المعلومات لحفظ هذه البصمات الوراثية(3). ----

---------- 1-في هذه القضية حسب عينة الدم في أحد المخابر الأمريكية أخذت من على ساعة المدعي عليه كسترو و المتهم بجريمة قتل و قد دلت النتائج على أن البصمة الوراثية المستخلصة من تلك البقعة مطابقة مع البصمة الوراثية لإحدى الضحيتين، د. إبراهيم الجندي، المرجع السابق، ص231. 2- فواز صالح، المرجع السابق، ص304.

3- نفس المرجع السابق، 305.

و أقيم نظام معلوماتي على مستوى الاتحاد ينسق بين مجموع المعطيات و المعلومات الموجودة في سجلات الولايات و يسمى: (CODIS)(1).

و في عام 1995 أمرت المفوضية العدلية التابعة لوزارة العدل الأمريكية اللجان المختصة في الوزارة بدراسة تقنية ال D.N.Aو مدى أهميتها في إثبات القضايا الجنائية فجاء في تقرير عام 1996 أنه ظهر نتيجة فحص 28" D.N.A" حالة أو قضية أن الفحص المذكور أثبت أن المتهمين المحكومين في تلك القضايا لم يرتكبوا الجرائم التي اتهموا بها أو تم محاكمتهم بسببها، و في عام 1998 وضع FBIنظاما آخر لسجل البصمات الوراثية و يسمى (NDIS)(2) ، و يحتوي هذا السجل على البصمات الوراثية التي ترسلها الولايات المساهمة فيه و يسمح هذا النظام لهذه الولايات يتبادل المعلومات و إجراء مقارنة و تنسيق و التحريات فيما بينهما.

لذا يرى البعض من الباحثين أو المتهمين في هذا المجال أن قبول نتائج فحص DNA أمام المحاكم بوصفها مادة إثبات يعد تطورا تاريخيا في مجرى إجراءات المحاكم في القضايا الجنائية يعد استخدام طبعات الأصابع و قبولها. كما ذكر أحد القضاة الأمريكان أن دخول فحص الDNA إلى الإجراءات الجنائية و قبلوه من قبل المحاكم الأمريكية كان بمثابة زواج بين العلم و القانون Marriage between Scince and Law و أن وظيفة الDNA في كشف الحقيقة إنما تمثل الجانب التطبيقيأو العملي المعلم(3).

1- و هي اختصار ل System cirmbined D.N.A Dex.

2- و هو مختصر لل the national DNA l dex system.

3- و هو مختصر ل Nij National initue of : case studies in use of DNA Evidence hune,1996

و من تطبيقات ال DNAفي محاكم الولايات المتحدة الأمريكية قضية عرضت على إحدى المحاكم في ولاية كاليفورنيا اتهم فيها شخص يدعى Kevin Greenبجريمة قتل طفلته الوحيدة حديثة الولادة و محاولته قتل زوجته عام 1979 و تتلخص الوقائع التفصيلية لهذه القضية في إنه عندما عاد المتهم إلى بيته من أحد البارات وجد ابنته مختلفة و زوجته فاقدة الوعي نتيجة ضربة قوية في رأسها مما أفقدها جزء كبير من ذاكرتها فاتهمت زوجها بالجريمة لحصول خلاف بينهما رغم شهادة بعض الشهود من أن الزوج لم يكن في البيت وقت الحادث إلا أن المتهم كان معروفا لدى الشرطة بأنه من مدمني الخمور و المخدرات و على خلاف مستمر مع زوجته. فبناء على ذلك حكمت المحكمة على (Green) بالسجن مدى الحياة. إلا أنه في عام 1996 و بعد أن أمضى المتهم (12) سنة في السجن ثبت عن طريق تحليل الDNA أن عينات الدم المعثور عليه محل الحادث مطابق لعينات DNA شخص آخر غير الزوج يدعى Gerald Baker الذي كان منهم بسلسلة جرائم قتل و اغتصاب فأطلقت المحكمة سراح Green نتيجة لك.

و إلى جانب هذه القضية ففي 1998 وصلت هذه القضايا إلى أكثر من 2000 قضية حيث قام المختبر الفيدرالي عليها باختبارات الDNAو لعل أهم القضايا التي ساقها القضاء الأمريكي و التي شغلت الرأي العام العالمي و الأمريكي هي قضية (مونيكا لوينسكي) و الرئيس الأمريكي السابق بين كلينتون عام 1998 حيث أثبت أن اختبار الDNA الواقع على ملابس مونيكا من الرئيس السابق بيل كلينتون(**1**). -

---------- 1- د. خليفة علي الكعبي البصمة الوراثية واثارها على الأحكام الوراثية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الإسكندرية، 2003، ص58.

تعد بريطانيا من أوائل البلدان التي اتخذت هذه التقنية بحيث يسهم القانون الإنجليزي الصادر في عام 1995 و المتعلق بالعدالة الجزائية و النظام العام استخدام اختبارات الDNA من أجل تحديد الهوية الوراثية بصورة واسعة في نطاق الدعاوى القضائية.

لم تكن القوانين النافذة قبل صدور هذا القانون تسمح بأخذ عينات أو اجراء الاختبارات الوراثية إلا في نطاق ضيق يقتصر على الأشخاص المتهمين بجنايات أو يصبح معاقب عليها بعقوبات حبس شديد و لكن كان رجال الشرطة يطالبون باستمرار توسيع نطاق الاختبارات الوراثية مستندين في ذلك إلى الإحصائيات التي كانت تثبت بأن عدد لا بأس به من المحكوم عليهم بجرائم خطيرة كانوا قبل ذلك اقترفوا جرائم قليل الأهمية. و قد أوصت اللجنة الملكية عن العدالة الجزائية في تقريرها الصادر في عام 1993 بتوسع مجال استخدام الاختبارات الوراثية من أجل تحديد الهوية و لا يطبق القانون الصادر في عام 1995 بأثر رجعي و إنما يطبق فقط على الأشخاص المحكوم عليهم بعد نشره و من ثم يجوز فقط خزن بصمات هؤلاء الأشخاص في السجل الآلي للبصمات الوراثية. و لكن يقتصر اجراء الDNA في الواقع العملي على الجرائم الجنسية و جرائم الاعتداء ضد الأشخاص و جرائم السطو و ذلك نظرا للتكلفة الباهظة لهذه الاختبارات(**1**).----------

1- فواز صالح، مرجع سابق، ص303.

و مع ذلك حدثت قضية أثارت شكوك حول صحة نتائج الDNA و استخدامها وسيلة للإثبات قاطعة في المحاكم حيث اعترفت الشرطة الإنجليزية بأنه الاعتماد على نتيجة فحص الDNA المشتبه به تم اتهام شخص بريء بجريمة لم يقترفها.

نتيجة تطابق عينات الDNA حيث أن المشتبه به كان رجلا مريضا بالشلل الرعاشي (Parkinsons Disease) فلم يكن هذا الشخص قادر على أن يسوق سيارته أو يلبس ملابسه دون مساعدة الآخرين – كما أنه كان يسكن في منطقة بعيدة عن مكان الحرية. إلا أنه عينات دمه موجودة في قاعدة بيانات الDNA لدى الشرطة بسبب اعتقاله قبل مدة مناسبة ضربه لابنه في شجار عائلي و بعد ذلك أطلق سراحه مع ذلك ألقي القبض عليه رغم الاعتراضات الكبيرة و الإثبات بأنه كان في البيت وقت حدوث الجريمة اشتبه به بسببها عن ابنه المريض الساكن في منطقة بعيدة عن مكان الحادث، و مع ذلك فإن الشرطة – اعتمادا على نتيجة فحص الDNA– لم تطلق سراحه حيث قررت أن نسبة الخطأ في نتيجة الDNAفي حالة الاشتباه تعد ضئيلة إذ أنها تكون واحد من 37 مليون. و عندما طلب محامي الدفاع فحص الDNA لأكثر من موضع حسم المشتبه به و التي وصلت إلى عشرة أماكن مختلفة ثبت أن الDNA للمشتبه به لم يتطابق مع عينات الDNAالمعثور عليه في مكان الجريمة. فأخلي بذلك سبيله بعد أن أمضى شهرا في التوقيف(**1**). و من خلال هذه القضية أصيحت شرطة بريطانيا و بشكل روتيني بفحص الDNA في أماكن عدة من الجسم في الحالات المعقدة و هذا ما يسمى بفحص المواقع العشرة. -----

---

1– الدكتور فواز صالح مرجع سابق، ص303، و كوثر أحمد "وسائل الاثبات العلمية الحديثة دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، بجامعة صلاح الدين، ط1، 2007، ص332–333.

- Ten Loci Testو هذا الفحص يتضمن – حسب قول الخبراء – احتمالات الخطأ بنسبة واحد من المليار بحيث يمكن الثقة به و التعويل عليه لغرض الإثبات.

الثانية منها بعبارة مفادها لأنه لا يمكن إجراء أي اختبار للبصمات الوراثية من أجل تحديد هوية شخص ما. ما لم يكن هذا الشخص وافق صراحة في أثناء حياته على إجراء مثل ذلك الاختبار.

كما أنها عدلت الفقرة الثالثة من المادة بحيث أصبحت تنص على أنه عندما يتم تحديد الهوية لغايات طبية أو لغايات البحث العلمي. يجب الحصول على رضا الشخص المعني كتابة و بشكل مسبق و صريح لإجراء تحديد الهوية . و ذلك بعد أن يكون قد أحيط علما بطبيعة الاختبار و بالغاية منه. و يجب أن يذكر في كتابة الموافقة من تحديد الهوية و يمكن للشخص المعني أن يسحب موافقة في أي لحظة دون الحاجة لإشكالية. و تعتبر قضية

الفتاة الإنجليزية " كارولين ديسكينون " التي قتلت بعد أن اغتصبت في 1996/7/18 في مدينة فوجير الفرنسيةPlane Foygeeres(**1**).هي المحرك الأساسي للقانون الفرنسي الذي ينشأ السجل الوطني للبصمات فقد انتقد معظم الفقهاء أسلوب قاضي التحقيق في هذه القضية و بصورة خاصة اختبارات الزنا التي أجراها على كل البالغين في تلك المدينة و ذلك أي مثل هذا الإجراء يتعارض مع الحق في الحياة الخاصة و حق الإنسان في السلامة البدنية

و تطبيقا للقانون الصادر في عام 1998 أصدرت الحكومة الفرنسية المرسوم رقم 413-2000 بتاريخ 2000/5/18 يبين كيفية تنظيم هذا السجل.

---------- 1-الدكتور خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص30.

لقد أضافت المادة الأولى من هذا المرسوم من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسية فصلا ثانيا بعنوان السجل الوطني للبصمات الوراثية و المديرية المركزية لحفظ العينات البيولوجية

و البيانات التي في السجل وفقا لأحكام المادة 23-10 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسية المضافة بموجب المرسوم الصادر في 2000/5/15 هي : 1- نتائج اختبارات الزنا لتحديد الهوية بواسطة البصمة الوراثية لأثار المادة البيولوجية العائدة لأشخاص مجهولين و التي يتم الحصول عليها في نطاق بحث أولى أو تحقيق بشأن جناية أو جنحة مشهودة أو بيان تحقيق تحضيري يتعلق بجريمة من الجرائم الجنسية المنصوص عليها في المادة 706-47 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي. 2- نتائج الاختبارات تحديد الهوية بواسطة البصمات الوراثية لعينات بيولوجية مأخوذة من شخص أدين بصورة نهائية بجرم من الجرائم المنصوص عليها في المادة 706-47 في نطاق بحث أولى أو تحقيق بشأن جناية أو جنحة مشهودة أو تحقيق تحضيري في نطاق دعوى منصوص عليها في المادة 24-21 و ذلك بناء على موافقة حسب الأحوال وكيل الجمهورية أو النائب العام(1)

و أضاف القانون الجديد المادة 706-55 في قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي.

1- فواز صالح، مرجع سابق، ص313.

و تنص هذه المادة على أن السجل الوطني للبصمات الوراثية يحتوي على الآثار و البصمات الوراثية بنصوص الجرائم الآتية:

1- الجرائم المنصوص عليها في المادة 706-47 و كذلك إخفاء هذه الجرائم.

2- جرائم الاعتداء القصدي على حياة الشخص و جرائم التعذيب و الأعمال البربرية العنيفة القصدية المنصوص عليها في المواد 221-1 إلى 221-5، 222-1 إلى 222-8، 222-10 إلى 222-14 (1،2) من قانون العقوبات.

3- جرائم السلب و الإتلاف و التخريب و الخطرة بالنسبة للأشخاص و المنصوص عليها في المواد 331-11 ، 312-7 ، 322-7 إلى 322-10 من قانون العقوبات.

4- جرائم الإرهاب المنصوص عليها في المواد 421-1 ، 421-4 ، من قانون العقوبات(1).

مما سبق أن الفقه و المشرع و القضاء الفرنسي قد استقر على استخدام البصمات الحديثة في المجال الجنائي

المطلب الرابع: موقف الفقه و التشريع الجزائري من البصمة الوراثية.

لقد اتجهت جهود الجزائر نحو مسايرة التطورات الدولية في هذا المجال، و هذا ما جسدته المادة50 من قانون الإجراءات الجزائية في الفقرة الثانية « و على كل شخص يبدو له ضروريا في مجرة استدلالاته القضائية التعرف على هويته أو التحقيق في شخصيته أن يمتثل له في كل ما يطلبه من إجراءات بهذا الخصوص»----------1- فواز صالح، مرجع سابق، ص316-317.

فالتعرف على الهوية لا يكون ببطاقة التعريف الوطنية فحسب و ما شابه، إنما قد يكون بالبصمة الوراثية و مقارنتها مع ما وجد بمسرح الجريمة، و هكذا يستطيع ضابط الشرطة القضائية التعرف على هوية أو شخصية الجاني ببصمة الحامض النووي إن وجد أثار لشعر أو مني أو لعاب أو غيرها من الآثار الحيوية، و طبقا للمادة 68 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لقاضي التحقيق أنيقوم باتخاذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة للتحري عن أدلة الاتهام و أدلة النفي، مما يستشف منها أن أخذ البصمة إجراء مباح و هنا سوف نتطرق في الفرع الأول موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية، ثم في الفرع الثاني موقف الفقه من اللجوء إلى البصمة الوراثية. **الفرع الأول: موقف المشرع الجزائرى من البصمة الوراثية** لقد تم تدشين مخبر "ADN" بمناسبة عيد الشرطة بتاريخ 2004/07/22 حيث خصص قسما للبيولوجيا الشرعية يشرف عليه تقنين و باحثين مختصين في علم البيولوجيا الوراثية، و هناك آفاق مستقبلية حول إنشاء بنك معلومات للبصمة الوراثية للأشخاص المحكوم عليهم(**1**)، و يعتبر مخبر الشرطة العلمية مؤسسة عمومية صحية أنشأ بموجب قرار مشترك بين وزارة الصحة و وزارة الداخلية. أما في المجال العملي نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساير توافق القوانين التي تجيز عمليا أخذ عينات بيولوجية من المشتبه فيه و اعتبرها كدليل إثبات في المسائل الجنائية، إلا أن المشرع الجزائري تأخر في إنشاء سجل آلي لحفظ معلومات البصمة الوراثية للمحكوم عليهم.---------- 1-مقال جماعي لهيئة التحرير لمجلة الشرطة، عدد خاص، جويلية، 2003، ص29.

و قد تم وضع نص قانوني يؤطر هذه العمليات، و يحدد القواعد التي تضمن عدم التعسف في اللجوء إلى البصمة الوراثية دونما ضرورة موضوعية تبرر ذلك.

جاء القانون الجديد 16-03 الذي صدر في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 17 رمضان 1437، المرافق ل22 يونيو 2016، العدد رقم 37، الذي أخضع فحص البصمة الوراثية للأشخاص إلى المراقبة القضائية، و تضمن القانون الجديد إنشاء مصلحة مركزية للبصمة. القانون الصادر في الجريدة الرسمية يتعلق باستخدام البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية و التعرف على الأشخاص، و قد جاء لتنظيم عمليات الفحص الجيني للأشخاص، كما جاء بعد أن تضمنت مئات الدعاوي القضائية في محاكم الأسرة و قضايا الاعتداء على الأعراض مطالب بفحص الحمض النووي للأشخاص. يرمي القانون 16-03 المؤرخ في 22 جوان 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية إلى تحديد قواعد استعمال هذه التقنية استنادا إلى عدة مبادئ أهمها، حماية الحياة الخاصة للأشخاص و تحقيق الموازنة بينها و بين ضرورة حفظ الأمن و حماية المجتمع من الإجرام بمختلف أنواعه.

الفرع الثاني: موقف الفقه من اللجوء إلى البصمة الوراثية

اختلقت أراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية، فهناك رأي يرى أنها من أعمال التفتيش، و هناك رأي آخر يرى أنها من أعمال الخبرة

يرجح بعض الفقهاء أن البصمة الوراثية تعتبر من أعمال التفتيش، لأن النتائج المتوصل إليها من هذه التحاليل هي أقرب للتفتيش، لأن كل إجراء يهدف إلى التوصل إلى دليل مادي في جريمة يجري البحث عن أدلتها أو يتضمن الاعتداء على سر الإنسان يعد عملا تفتيشيا(1).

1- د.حسن محمود عبد الدام، المرجع السابق، ص431-432.

و التفتيش إجراء يباشر في جميع الأماكن التي يكون كشفها مفيدا للحقيقة، و هذا حسب نص المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، لذا فالغرض من التفتيش هو البحث عن جسم الجريمة و الأداة التي استخدمت في ارتكابها، و كل ماله صلة بها أو بفاعلها. أما عن الرأي المرجح و القائل أن البصمة الوراثية من أعمال الخبرة، فيبرر رأيه و موقفه بأن الخبرة الطبية تعتبر استشارة فنية يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات، و هذا لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي تحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علمية لا تتوافر لدى القاضي المختص بحكم علمه و ثقافته، لذا تلجأ المحاكم الفاصلة في المواد الجنائية إلى أهل الخبرة لمعرفة الحقيقة و الوصول إلى وجه الصواب(**1**)، و في هذا المضمار يرى أنصار هذا الرأي أن تحاليل البصمة الوراثية تدخل ضمن نطاق الخبرة الطبية، لأن الأمر يتعلق بتحاليل عينات بيولوجية ناتجة عن إفرازات الإنسان. و بناءا على ما سبق؛

سواء أدرجت البصمة الوراثية في أعمال التفتيش أما في أعمال الخبرة الطبية، فإنها في كلتا الحالتين تعد من قبيل الأدلة المادية "الأدلة العلمية" التي تعد بدورها من القرائن القضائية المتمثلة في الأشياء المادية التي توجد في مكان الجريمة، أو التي يتم العثور عليها مع المتهم أو بجسمه(**2**).----------

1-د. حسن محمود عبد الدايم، نفس المرجع السابق، ص431.

2-عبد الحافظ عبد الهادي عابد،المرجع السابق، ص331.

و هذا النوع من الأدلة العلمية يستمد قوته من مقومات شخصية كامنة في كيان الإنسان و مصبغة بخصائص فردية ذاتية و عن طريقها ينفرد كل شخص عن غيره و يعرف بها. كما أن فقهاء الدين الذي يرون أن استخدام البصمة الوراثية جائز شرعا بمراعاة ضوابط الشريعة و مبادئها الكلية، و أن المجتمع الذي لا يشارك في التطور الحاليفي التقدم الطبي إنما يصاب بالتخلف.

الفصل الأول

التكييف القانوني

و الشرعي

للبصمة الوراثية

تمهيد:الأمر الذي يحتاج إلى تأمل هو أن كثيرا من العلماء المسلمين قد تناول من قبلقضية السلوك الإنساني بشيء من الدراسة، فحرروا دراسات جادة يمكن الاعتماد عليها في مجال البحث العلمي من عوامل السلوك الإجرامي و كيفية إثباته.

بما أنه هناك أمر آخر يحتاج الى تأكل و هو أن الدراسات الحديثة في هذا المجال تكاد تخلو من التوجه إلى النزعة الإسلامية لهذا فإننا نعتقد بأنه حان الوقت لإجراء دراسات جادة على ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية و قواعد القانون الوضعي الخاص بإثبات و نفي النسب.

و في هذا الفصل نتناول التأصيل الشرعي و القانوني للبصمة الوراثية وما إذا كانت تعد عند علماء الفقه الإسلامي كدليل إثبات أم أنها مجرد قرينة تساعد في الإثبات فقط وهذا ما سوف نتناوله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول : التكييف القانوني للبصمة الوراثية.

المبحث الثاني : التكييف الشرعي للبصمة الوراثية.

المبحث الأول: التكييف القانوني للبصمة الوراثية

كل تنظيم قضائي لا بد له من وجود نظام للإثبات، و الإثبات هو تأكيد حل متنازع فيه عن طريق إقامة البرهان أو الدليل الذي أباحه النظام أو القانون.

و المبدأ العام للإثبات يلخص في أن " البيئة على من ادعى " اي من يدعي أمرا فعليه إثباته من خلال تقديم البينة أو الأدلة. ويعتبر النظام أو القانون عمل الخبير عنصرا من عناصر الإثبات: و ذلك عن طريق إبداء رأيه فإن المسائل الفنية التي يصعب على المحكمة الوصول إليها و الأخذ بها و اعتمادها دليلا فنيا، و تحتاج المحكمة إلى الأدلة بوصفها قرائن مادية ملموسة لتعزيز الأدلة القولية لتؤكدها أو تنفعها، فهي بمثابة شاهد صامت حقيقي لا يعتريه التبديل أو التغيير، بينما الشهادة أو الاعتراف يتأثران بالمؤثرات الخارجية و يخضعان للعوامل النفسية، لذلك فإن الأدلة الفنية هي أدلة اقناعية، لأن وجودها يقنع القاضي بارتكاب المتهم للجريمة، أو بمزاعم الخصم أو دفاعه ، لذلك فإن القضاء في كل الدول استعان بخبراء التخصصات الفنية المختلفة في جمع الأدلة الفنية القاطعة، كما وضعت التشريعات التي تفنن الاستفادة من الأدلة الفنية على خير وجه.

إذا الدليل الفني قرينة مهمة تفيد الإثبات أو النفي، و من الأدلة الفنية المهمة في هذا الشأن البصمة الوراثية.

وفي هذا المبحث نحاول تجلية موقف القانون الوضعي و فقيه من التكييف القانوني للبصمة الوراثية و ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية في القوانين الوضعية

أوجب المشرع الفرنسي توافر جملة من الشروط لجواز العمل بالبصمات الوراثية في المجالينالمدني و الجنائي بعضها يتعلق بالبصمة الوراثية في حد ذاتها و البعض الآخر يتعلق بالشخص القائم بها و هذا ما سوف نتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الشروط القانونية الخاصة بالبصمة الوراثية

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول

أن يكون الأمر متعلقا بإحدى الحالات التي نص القانون على جواز الفصل فيها بالبصمات الوراثية وقد حددتها المادة (16-11) من القانون الجديد بدعاوي النسب و النفقة و لأهداف البحوث العلمية و العلاج.

ونصت المادة رقم (226-28) من قانون العقوبات الفرنسي على أن كشف شخصية الإنسان عن طريق بصماته الوراثية، لا يجوز إلا في إحدى حالات ثلاث، في الأغراض الطبية و البحوث العلمية، وفي نطاق إجراءات صحيحة.

الشرط الثاني:

أن يكون اللجوء إليها بأمر من القضاء، و هو ما نصت عليها المادة (16-11) من القانون المدني السابق بقولها: لا يمكن أن يتم اللجوء الى البصمات الوراثية في الحالات السابقة إلا بتنفيذ إجراء تعليما قد أمر به القاضي.

و بموجب هذا النص فإنه لا يستطيع أي شخص أن يطلب إجراء تحليل البصمة الوراثية، كما يمتنع على الجهة القائمة بأمر التحليل القيام به بدون إذن من القضاء سواء أكان قضاةالنيابة العامة أو من القاضي المختص.

<u>الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشخص القائم بها</u> تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: يجب أن تكون موافقة الشخص المعني أو صاحب الشأن على إجراء تحليل البصمة الوراثية، سابقة و حرة ومستنيرة وهو ما نصت عليه المادة "16" من الفقرة "10" من القانون المدني الفرنسي الجديد حيث قالت: " يجب أن تأخذ موافقة الشخص قبل تحقيق الدراسة(**1**).

وفي الفقرة "11" التي جاء فيها: يجب أن يكون موافقة الشخص المعني سابقة وواضحة (**2**)، وهو ما نصت عليه المادة رقم "5" من إعلان اليونسكو العالمي لحقوق الجينوم فقالت: " في حالة بحث أو معالجة أو تشخيص يتعلق ما تؤخذ الموافقة المسبقة الحرة و المستنيرة من الشخص المعني(**3**).ويقصد بالموافقة أو الرضا الحرLe consentement libreأن يكون صادرا عن إرادة غيرمشوبة بأي عيب من العيوب التي تطلبها كما لو تم التأثير في حرية الشخص بما يمكن أن يكون غشا أو تدليسا أو غلطا أو خداعا أو أن يتم الحصول على موافقته تحت تأثير الخوف أو التهديد و الموافقة أو الرضا المستنير Le consentement éclair

---

1-Colins, F.Human genome project Génomica, USA 2007p.116-120

2-Colins, lbid, p.90-96

3-Walter, j.Crime Law and génomics, New Trends, London, 2006 p.p130.

فإنه يعني تبصير الشخص و إعلامه بحالته المرضية وبما يمكن أن تؤدي اليه من نتائج و هو التزام الطبيبة اتجاه مريضه(1).

ويشترط في هذا القبول الحر والواضح أن يكون مسبقا أي أن يتم قبل أي تدخل جيني، و إلا فلا ينتج أثره و لا يعتد به إذا جاء إتمام التدخل الجيني، كما يجب أن ينصب الرضا على موضوع محدد، هو الغرض من هذا التدخل، ما يجب أيضا أن يكون الشخص أهلا للرضا، فان كان عديم الأهلية يجب الحصول على قبول ممثلة القانوني، مع مراعاة مصلحة الشخص نفسه، وأهلية الرضا في القانون المدني في بلوغ سن الرشد.

وقد اشترط البعض في نطق القانون المدني بلوغ سن الرشد، و قد اشترط البعض في نطاقالقانون الجنائي ضرورة توافر الأهلية الكاملة(2) ويأتي هذا الشرط تطبيقا لمبدأ احترام السلامة المادية لجسم الإنسان(3).

ويلاحظ أن شرط الموافقة هذا مقتصر على الحالات المدنية فقط مثل النسب نفقة البحوث الطبية والعلاج، وليس مطلوبا في حالة إجراءات جنائية(4) وهو أمر منطقي، إذ ليس من الطبيعي أن يحتاج القاضي الذي يطلب تحليل البصمة الوراثية لسائل منوي وجد على إحدى ضحايا الاغتصاب إلى موافقة مرتكب الجريمة الذي يبحث عنه ومن هنا لم يشترط الفقرتان "10" و"11" من المادة "16" من القانون المدني الفرنسي، موافقة صاحب الشأن الا في تلك الحالات المدنية السابقة.

1–د. هدى حامد قشقوش: مشروع الجينوم و القواعد العامة للقانون الجنائي(بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون) جامعة الإمارات العربية المتحدة 2002. 1/86،85

-2– د. هدى قشقوش: مشروع الجينوم، البشري و القواعد العامة للجنائيالمرجع السابق 1/56 ، 3 walter.op.cit. pp 130.

4–جميل عبد الباقي الصغير فئة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة دار النهضة العربية 2001 ص 76–77

ثانيا:

أنيكونالقائمونعلىأمرالتحليلمنأصحابالكفاءةالمهنيةوأنيكونوامعتمدينومسجلينكخبراءقضائيي

ن(1)،وهومانصبعليهالمادة"16-12"منالقانونالمدنيالفرنسيبقولها:

لايشرعفيالتعرفعلىالأفرادعنطريقالبصماتالوراثيةإلامنطرفأشخاصأكفاءمهرةمعتمدينوفقالش

روطالمحددةفيمرسوممجلسالدولة،وفيإطارإجراءقضائي،كماأنتسجلأسماءهؤلاءالأشخا

صكخبراءقضائيين .

كمانصتالمادة"6-1"منالقانونرقم"653"لسنة 1994مالمضافةإلىالقانونرقم"71-

498"الصادربتاريخ 29 يونيو 1971

والمتعلقبالخبراءالقانونييننعلىأنهيجب،إذاتعلقالأمربإجراءاتقانونية،وانيكونمسجلافيالقائمةال

منصوصعليهافيالمادةالثانيةمنالقانونرقم"71-

498"،وحاصلاعلىترخيصبذلكبعداستيفاءالشروطالتيسيصدربهامرسوممنمجلسالدولة.

وبتاريخ 6 فبراير 1997 صدرمرسوممجلسالدولةالفرنسيرقم"109-97"

والمتعلقبشروطاعتمادالأشخاصالأكفاءللقيامبمهامالتعرفعلىالأفرادبالبصماتالوراثيةفيإطارإ

جراءاتجزائية،وقدحددهذاالمرسومالشروطالواجبتوافرهافيهؤلاءالأشخاصوهيعلىالنحوالتالي

:

-1

أنيكونالقائمونعلىالتحليلالبصمةالوراثيةحائزينعلىالاعتمادالخاصمناللجنةالمنشأةلذلكوهوما

نصتعليهالمادة"03"منهذاالمرسومحيثقالت:

لايقومبإجراءالتعرفبالبصماتالوراثيةفيإطارقضائيإلاالأشخاصالماديونأوالمعنويونالذيلديهم

وفقا -شروطمحددة-

الاعتمادالمفتوحلمدةخمسسنواتقابلةالتجديدمنطرفلجنةمكلفةمنالأشخاصالأكفاءللقيامبمهما

مالتعرفبالبصماتالوراثيةفيإطارالإجراءاتالقضائية،

----------1-د. جميلعبدالباقيالصغير: أدلةالإثباتالجنائيوالتكنولوجياالحديثة-

مرجعسابقص 80.

يترأس اللجنة قاض من محكمة النقض، سواء اكان ذلك من خلال ممارسة أو بصفة شرفية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل**(1)**.

2-أن يكون القائمون على تحليل البصمة الوراثية بهيئة الخبراء القضائيين، وهو موضوع المادة "4" من هذا المرسوم .

3-أن يكون القائمون على تحليل البصمة الوراثية حائزين على المؤهلات العلمية الخاصة، وقد حدث المادة "5" من هذا المرسوم.

4 -أن يكون الحاصلين على إحدى المؤهلات العلمية السابقة تجارب تطبيقية في مجال البيولوجيا الجزيئي، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة "5" من هذا المرسوم كما وضعت المحكمة الاتحادية العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية (D'Aubert v.Merrell Dow Pharmaceuticals Ins113Sct 2786)

عدة شروط للأخذ بالأدلة العلمية أو البصمات الوراثية، لا تختلف في مجملها عن الضوابط التي وضعته المملكة الفيدرالية**(2)** وهي كالتالي:

أ- القبول العام لأهل الاختصاص:

وقد جاء هذا الشرط بعدما قضت محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية في قضيةUSUسنة 1923 (F 1013 D.C Cir293 بعد قبول الدليل المستمد من جهازكشف الكذب، وكما كان هذا الجهاز آنذاك بعد التكنولوجيا جيدة، فقد وضعت المحكمة قاعدة استدلالية أكثر صرامة تقول: " يصعب أن تحدد مني يعبر المبدأ العلمي الخط الفاصل بين مرحلة التجريب و بين مرحلة الثبوت و التطبيق ستمضى المحاكم طويلا تسمح بشهادة

1-و بالإضافة الى ذلك تقدم هذه اللجنة كما تنص المادة (1) من هذا المرسوم على نوعين من الأعضاء.

2-Bernar Robertson G A Viagnaux Interpreting Evaluationg – Gorensic Evidence Wilay U.S.A 1995 p.204

الخبراء المرتكزة على مبدأ علمي أو كشف حسن التحقيق، ولكن ما ترتكز عليه الشاهدة لابد أن يكون راسخا بقبول عام في المجال الذي ينتمي" أو بحيث يكون

الدليل العلمي مقبولا أمام المحاكم إذا كان مقبولا من المتخصصين أي يجوز موافقتهم من حيث الثقة فيه(1)

ومن هذا النص يتضح أن المحكمة رفضت قبول نتائج جهاز كشف الكذب، لاعتقادها بأن هذا بأن هذا الجهاز لم يحظى بالقبول العام لأهل الاختصاص، و تعتبرهذه القاعدة القبول العام التي سمحت للمحاكم الأمريكية الأخذ بصمة DNA و ذلك لقبولها على نطاق واسع في التطبيقات الطبية وأنها ثابتة تماما لا تتغير في كل الخلايا الجسم و مغاير لDNAخلايا الآخرين و التطابق الإيجابي مستحيل(2)

ب- أن يتم اختيار الموضوعية للدليل العلمي الجديد:

و يقصد بهذا الشرط معاودة اختبار DNA في أكثر من موضوع منه أو إجراء تحليلين من جنسين لا مكان المقارنة و اليقين من دقة النتائج.

ج- الوقوف على التقنية المستخدمة:

يتعين قبل اللجوء الى البصمة الوراثية على طبيعة عدة التقنية و تحديد نسبة نجاح و فشل الوسيلة المستخدمة و المراد به هو التأكد من سلامة الأجهزة و دراية الفنيين في تشغيلها(3).----------

1- د. غنام محمد غنام: دور البصمة الوراثية في الاثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة 2002، 494/2، 495.

2- د. سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية و علائقها الشرعية، منشورات كلية الشريعة للدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، ط1، 1999، ص33.

3- المرجع السابق نفسه.

د- الحذر من التكنولوجيا

يجب الحذر من التكنولوجيا المتطورة، أي عدم التسليم المطلق بنتائجها قبل اختيار الموضوعية والوقوف على عدة التقنية.وبعدما بينت المحكمة الإتحادية الأمريكية العليا هذه الضوابط أكدت على أن وجود بعض الاختلافات في الرأي حول الوسيلة العلمية لا يضعف من قيمتها من الإثبات ما دام الرأي الراجح يؤيد الاستعانة بها في ذلك.**المطلب الثاني: أصل البصمة الوراثية**

المراجع للتشريعات الوضعية في كافة الدول يجد تباينا واضحا بين التشريعات الأجنبية عن التشريعات العربية في ما يتعلق بالبصمة الوراثية، فعلى حين تلقت الأجنبية تقنية البصمة الوراثية بصدر رحب، و أفسحت لهذا المجال، و أفسحت لها المجال لتكون دليلا في الإثبات نجد الأمر على خلاف ذلك في التشريعات العربية على الرغم من الاستعانة بهذه التقنية في الكثير من القضايا في هذه البلاد و يكتشف وضع تكييف عام لتوصيف البصمة الوراثية صعوبة بالغة في القانون الوضعي نظرا للتباين الفعلي في مجالات استخدامها، فبالإضافة إلى اعتبارها وسيلة إثبات في المجالين المدني و الجنائي فإنها تستعمل أيضا في البحوث العلمية و التجارب الطبية، كما أنها تهدف إلى العلاج و تحقيق الشفاء، و بالتالي فإن مسألة التكييف هذه يحكمها نوع المجال الذي تستخدم فيه و الهدف الذي يتم توظيفها لتحقيقه و هذا ما سوف نتناوله من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: في مجال الإثبات الجنائي

اختلف الفقه القانوني حول ما إذا كانت البصمات الوراثية تعد عملا من أعمال التفتيش(1) أم عملا من أعمال الخبرة الطبية(2)و ذلك على رأيين:

الرأي الأول: يذهب غالبية الفقه الفرنسي، و يؤيد جانب من الفقه المصري(3) إلى القول بأن تحليل الدم و البول..(البصمة الوراثية) بغرض الإثبات يعد عملا من أعمال التفتيش، و أن جوازه في هذا المجال مؤسس على هذا التعليل، و يعللون ذلك بأن النتائج المترتبة على هذا التحليل هي أقرب إلى التفتيش من غيره. و بالتالي فإن غسيل المعدة و فحص الدم و البول.. و كذا كل إجراء بهدف إلى التوصل إلى دليل مادي في جريمة يجري البحث على أدلتها و يتضمن الاعتداء على سر الإنسان، يعد تفتيشا و يدخل في نطاق التفتيش(4). الرأي الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى القول بأن: تحليل الدم أو البول بغرض الإثبات الجنائي يعد عملا من أعمال الخبرة الطبية(5).

و عليه يمكن القول أن ينسحب الخلاف على مصادر البصمة الوراثية الأخرى، كالمني و العرق و اللعاب و الشعر و الجلد و الأظافر.. لكون جميعها عينات بيولوجية، و إنها من نواتج و إفرازات الجسم الأخرى.

1- يقصد بالتفتيش: الاجراء الذي يقوم به مأمور الضبط في الأحوال المعينة بالقانون بحثا عن أدلة الجريمة.

2- يقصد بالخبرة الطبية الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الاثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية.

3- د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، 458/1.

4- المستشار/ محمد عابدين: الأدلة الفنية للبراءة و الإدانة في المواد الجنائية، (دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ب.ت) ، ص95.

5- د. أحمد أبو القاسم: الدليل المادي و دوره في الاثبات في الفقه الجنائي الإسلامي(رسالة دكتوراة كلية الحقوق)،1990، ص257.

و أيما كان الخلاف في هذا الشأن، و سواء أ كانت البصمات الوراثية تعد عملا من أعمال التفتيش أو عملا من أعمال الخبرة الطبية، فإنها في كلتا الحالتين تعتبر من قبيل الأدلة المادية(1)، و التي تعد من القرائن القضائية(2) حيث أن فقهاء القانون الجنائي يعتبرون الأشياء المادية التي توجد بمكان الجريمة، و التي يتم العثور عليها مع المتهم أو بجسمه من قبيل القرائن القضائية و يطلق عليها بعض الشرح: (القرائن العلمية) أو: (الأدلة العلمية أو الفنية)(2)، كما أطلق عليها البعض من الشرح اصطلاح: (الدلائل)(3) .

الفرع الثاني: في مجال إثبات النسب و في مجال إثبات النسب، نرى أن الفقه الإسلامي و أدلته العامة لا تأبى من الأخذ بهذه التقنية الجديدة (البصمة الوراثية) كدليل لإثبات النسب، قياسا على القيافة، و هي الخبرة في إلحاق نسب الولد بمن يشبه ممن يدعون نسبة بناء على ما بينهما من مشاركة أو اتحاد في الأعضاء، و سائر الأحوال و الأخلاق.

هذا و تجد أعمال الخبرة أساس مشروعيتها في قول الله (فسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون)(4) و هكذا يجمع الفقهاء على اعتبار البصمة الوراثية وسيلة من وسائل الإثبات، و أنها ترقى إلى مرتبة القرينة القاطعة في غير قضايا الحدود الشرعية و أنه يجوز اللجوء إلى أهل الخبرة في هذا الشأن.

1-د. سامي محمد الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري و المقارن، عام 1970، ص245.

2-د. محمود نجيب حسيني، شرح قانون الإجراءات الجنائية(دار النهضة العربية القاهرة، ط2، 1988م، ف581،ص487.

3- د. أحمد حبيب السماك نظام الاثبات في الشريعة الإسلامية و القانون الطبيعي، ص151 و ما بعدها.

4- سورة النحل جزء من الآية رقم: 43.

و ترتيبا على ما سبق فإن القيافة تعتبر عملا من أعمال الخبرة(1) و أن القائم على الاختبار الجيني أو البصمة الوراثية هو خبير، و لهذا اكتفى جمهور القائلين بالقيافة برأي القائف–الخبير– الواحد(2).

لقد اعتبر المشرع الفرنسي البصمات الوراثية في قوانين الأخلاق الحيوية الصادرة سنة 1994م، دليلا مستقلا يجوز بناء الحكم عليها في مسائل النسب و النفقة كم جاء في المادة 16–11من القانون المدني الجديد رقم 94–653 لسنة 1994م، و في القضايا الجنائية، و هو ما نصت عليه المادة 226–28 من قانون العقوبات الجديدة لسنة1994م التي حددت نطاق استخدام البصمات الوراثية في ثلاث حالات منها التحقيقات و الإجراءات الجنائية. و بناء على تلك النصوص يتضح أن المشرع الفرنسي قد أسس شرعية العمل بالبصمات الوراثية في المجالات السابقة، و أصبحت بذلك تطبق بشكل اعتيادي في التقصي و في الحكم أو القرار النهائي، و لهذا لم يتردد البعض في وصفها بملكة الإثبات أو سيدة الأدلة بل ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك، حيث قال: إن البصمات الوراثية تساهم في أمن قضائي أكبر.

---------- 1–د. محمد الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، بدمشق، ط2، 1414هـ/1994م، ص595.

2– و هم المالكية فالمشهور عنهم (الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج3 ص416)، و الشافعية (مغنى المحتاج: ج2 ص428)، و الحنابلة في المذهب(الطرق الحكيمة: ابن القيم الجوزية) و الظاهرية (المحلى: ابن حزم– ج9 ص 453).

و على الصعيد العربي، فقد اعتبر المشرع التونسي التحليل الجيني أو البصمات الوراثية مساويا للشهادة و الإقرار في إثبات النسب، و هو ما نص عليه في الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية الصادر في 1998/10/28م الذي جاء فيه:".. و يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر على المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب لذلك الطفل(1).

و على صعيد الفقه المصري و العربي فإن البصمات الوراثية لا تزال بعيدة عن متناول كثير من الفقهاء، إلا أن اختلافهم حول مدى مشروعية الاعتماد على القرائن القضائية في المواد الجنائية، يمكن أن ينسحب إلى البصمة الوراثية، خصوصا بعد ما عرفنا –سابقا– إن هذه الأخيرة تنتمي إلى تلك التي اختلف كلمة فقهاء القانون الجنائي حول مدى إمكانية بناء الحكم عليها على ثلاثة أراء

الرأي الأول: يرى أن البصمة الوراثية لا تصلح وسيلة إثبات مستقلة و لا بينة قاطعة إنما هي عامل مساعد في التحقيق لاكتشاف الجريمة، و حمل المتهم على الإقرار، بمعنى إن البصمة الوراثية لD.N.A تشكل قرينة واقعية بسيطة، لا تتمتع بقوة ثبوتية أعلى و أقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها وسائل الإثبات، و هي بذلك لا تقيد حكم القاضي الذي يبقى حرا في اعتمادها أو رفضها، خصوصا في الدعوى الجزائية التي تعتمد على مبدأ الإثبات الحر و قناعة القاضيالشخصية(2).

1– د. رضا عبد الحليم عبد المجيد – الحماية القانونية للجينوم البشري– دار النهضة القاهرة 1998 ص1–7.

2– د. عبد الله عبد الغني غانم: الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، الفكر الشرطي، المجلد11، العدد43، لسنة 2002م ص280.

الرأي الثاني: البصمة الوراثية لا تعد خبرة بالمعنى الدقيق، لإنها ليست رأيا فنيا من شخص يختص في فحص واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية، و إنما تعد تطبيقا مباشرا للقوانين العلمية التي تفترضها الخبرة لكي نستخلص منها ثبوت الواقعة(1).

و قد استند أصحاب هذا الرأي إلى:

أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تكاد لا تخطئ في التحقق من الشخصية، و بالتالي فهي ترقى إلى مستوى القرائن القاطعة(2).

و قد انتهى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن اعتماد البصمة الوراثية باعتبارها وسيلة إثبات يكون في يد السلطة التشريعية التي تملك صياغة القوانين على ضوء اعتبارات المصلحة العامة(3). **الرأي الثالث:** ضرورة الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل إثبات للبراءة أو الإدانة أمام القضاء و أنه ليس هناك ما يمنع شرعا من تسخير المعرفة العلمية في خدمة الحكم الشرعي إذا ما توفرت الشروط و الضوابط التي تضمن سلامة الفحوصات، و سلامة العينة المرفوعة من مسرح الجريمة

و استند أصحاب هذا الاتجاه إلى: أن البصمة الوراثية لا تستند إلى خبرة القائم بالفحص، بل إلى قواعد علمية يقينية، و بالتالي فإنها تعتبر قرينة قاطعة، يجب على القاضي أن يأخذ بها و أن يتقيد بنتائجها(4).

1- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، المرجع السابق،ص11.

2- د. سيد السيخاوي- الهندسة الوراثية بين الشريعة و العلم الحديث -دار التوزيع و النشر الإسلامية- القاهرة 2005 ص209.

3- د. عبد الله عبد الغني غانم، الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون(المرجع السابق)ص282.

4- المرجع السابق نفسه، ص283.

المطلب الثالث: البصمة الوراثية في القوانين الوضعية

إن البصمة الوراثية لم تكن خيالا فقد ترجمت إلى واقع علمي ، و قامت شركات كبيرة في أوروبا و أمريكا بتطويرها منذ سنة 1987م، و أثبتت نجاحها حتى غزت ساحات المحاكم و استقر العمل بها في أوروبا، و بدأت بعض الدول العربية و الإسلامية في التمهيد للعمل بها ، و سنلقي نظرة سريعة على تنظيم البصمة الوراثية في أبرز الدول التي أعطت هذا الميدان عناية قانونية ، و أهمها دول أوروبا الغربية مثل فرنسا و بريطانيا و ألمانيا...و بعض الدول العربية و من بينها الجزائر بالخصوص.

الفرع الأول: البصمة الوراثية في القوانين الأجنبية

تلقت البلدان الغربية تقنية البصمة الوراثية بصدر رحب لما لها فضل السبق في اكتشافها و تطويرها و تجربتها ووضع الإطار القانوني لاستعمالها(1)، و فرنسا نموذجا لهذا الوضع. نشير في البداية إلا أن القانون الفرنسي لا يقبل دعوى إثبات النسب في الحالات التالية:

- النسب الشرعي الثابت بشهادة الميلاد و حيازة الحالة ، وفقا للمواد 312 و 314 و 322 من ق.م.ف

التي تقضي بأنه " لا يجوز لأي شخص كان أن يطالب بحالة تخالف الحالة التي يتمتع بها بموجب شهادة ميلاد الحيازة لهذه الشهادة.."

-الولادة تحت اسم مجهول (حق الأم في عدم الإفصاح عن هويتها عند الولادة) وفقا للمادة 341 الفقرة 1 ق.م.ف ، و هذا يتنافى مع نص المادة 7 من اتفاقية نيويورك 1990 حول أحقية الطفل في معرفة أصوله.

1- زبيدة اقروفة، المرجع السابق، ص286.

-الإنجاب المساعد طبيا (التلقيح الاصطناعي) وفقا للمادة 311-19 من ق.م.ف

-الطفل الناتج عن التبني التام أو الكامل و هذا ما جاء في المادة 311-20، و نظرا للدور الهام الذي تلعبه تقنية البصمة الوراثية فقد بادر المشرع الفرنسي إلى استصدار مجموعة من القوانين بغرض أعمال هذه التقنية و غيرها من المستجدات العلمية. نلاحظ أن المشرع الفرنسي، رجح من خلال نصوصه مصلحة الشخص المعني بهذه الخبرة على مصلحة الطفل، و هذا الحال في إنجلترا و كيبك أيضا، و بالمقابل نجد تشريعات غربية أخرى رجحت حق الطفل في معرفة أصوله على حق الشخص في السلامة الجسدية، و أحسن مثال في ذلك القانون الإيطالي الذي بدى أكثر حزم حيث يفرض على الخصم الخضوع للتحليل الوراثي في حالة البحث عن النسب، و لا يمكن للخصم تعليل رفضه بكون هذا التحليل اعتداء على كرامته و سلامته الجسدية، و عند الاقتضاء يستطيع القاضي أن يكره الشخص على الاستجابة لأمر الفحص الوراثي، و هذا ما سارت عليه كل من سويسرا و بلجيكا(**1**).

1- حسام أحمد، المرجع السابق، ص121-122.

الفرع الثاني: البصمة الوراثية في القوانين العربيةهناك من الدول العربيةمن سارعت إلى الاستعانة و استعمال تقنية البصمة الوراثية كأداة فنية في الإثبات و نفي النسب، كالسعودية و مصر و الإمارات العربية، رغم أن جل تشريعاتها لم تتعرض للوسائل العلمية الحديثة و على رأسها البصمة الوراثية التي لها وزنا في قضايا النسب، إذ لم يشر إليهالا من وجه التلميح أو مباشرة أو بضبط قوانين لها و قواعد و مواطن العمل بها في الوقت الذي أصبحت سيدة الأدلة في البلدان الغربية(1).

من كل ما راجعته و استطلعت عليه من مراجع و الرسائل العلمية في هذا الموضوع، فإنه لا يوجد نص تشريعي بالكويت أو مصر ينص على اعتماد البصمة الوراثية، بل ما يزال الاعتماد على الأدلة الشرعية، و عند الاختلاف يصار إلى العمل بالرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة، بنص من المادة 3 من قوانين الأحوال الشخصية المصري لسنة 2000 " تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية و الوقف المعمول به، و يعمل فيها لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة " و المعلوم أن النسب لا يثبت عند الأحناف بالقيافة و بالتالي فإن التشريع المصري ليس فيه أدنى إشارة إلى البصمة الوراثية(2)،

و هناك تشريعات قليلة أشات لتقنية البصمة الوراثية، نذكر منها كالمشرع البحريني و التونسي و كذا المشرع الأردني، الذي تقبل الدليل العلمي بشأن ثبوت النسب في نص المادة 157 فقرة(ب) من ق.ا.ش.ا و التي نصت على أنه "لا يثبت نسب المولود لأبيه إلا بالفراش أو الإقرار أو البينة أو بالوسائل العلمية مع اقترانها بفراش الزوجية " ، و من أمثلة ذلك هي : ----------

1- بن قويدر زبيري ، ص258 .

2- خليفة علي الكعبي ، ص 90/89 .

1-التشريع العراقي: لقد نظم القانون العراقي في المادة 70 من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أن حكام التحقيق أو المحاكم أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه أو القليل من دمه أو ظافره أو غير ذلك مما يفيد التحقيق لإجراء الفحص اللازم، و مفاد كل ذلك أن المسرع العراقي أجاز تحليل الدم

2-التشريعات الكويتي: أن المتتبع للقانون الكويتي لا يكتشف من النص صراحة على وجوب الخضوع لعملية التحليل و الخاصة بالبصمة الوراثية، إلا أنه و بالرجوع إلى قانون الخبرة لا سيما في مادته 11 التي تنص " أن تخلف الخصم على تنفيذ قرارات الخبير بغير عذر لجأ الخبير إلى المحكمة التي تسلط عقوبة مالية تتمثل في غرامة لا تقل عن 5 دنانير و لا تزيد عن 20 دينارا " و ذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له نفس القوة التنفيذية للأحكام، و لا يقبل الطعن بأي طريقة و لكن للمحكمة أن تعفى المحكوم عليه من الغرامة أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا.

و خلاصة القول، أن التشريعات العربية موقفها محتشم و يكاد ينعدم في بعض الأحيان اتجاه تقنية البصمة الوراثية و عدم مسايرة العصر فيما يخص الوسائل العلمية لإثبات و نفي النسب،

3- التشريع الجزائري: تنص المادة 40 ق.ا.ج (**إنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة...)** حسب نص المادة 40 فإن المشرع الجزائري اعتمد على الزواج الصحيح و الإقرار و البينة في إثبات نسب الولد، و ترك الباب مفتوح إلى القضاء في المجال العلمي بحيث لم يلزم القضاء بالعمل بها و تركها على سبيل الجواز و هذا في الفقرة الأخيرة من نفس المادة بحيث جاء فيها (**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**) رغم دقتها و تكاد نسبة الخطأ فيها تنعدم حيث بلغت درجة ثبوت النسب فيها إلى 99.9.

و نفي النسب إلى 100 بالمئة، لم يكن هذا النص الوحيد في قانون الأسرة بل جاء القانون رقم16-03 المؤرخ في 19 جوان 2016 و المتعلق باستعمال البصمة الوراثية و الإجراءات القضائية الذي تطرقنا إليه سابقا في الفصل التمهيدي (المطلب الرابع).**المطلب الرابع: آليات العمل بالبصمة الوراثية في ضل القانون 16-03**لقد حدد القانون 16-03آليات العمل بالبصمة الوراثية للأشخاص في الإثبات أمام القضاء، و التي تعطي لهذا الأخير وحد سلطة الأمر بأخذ عينات بيولوجية من الأشخاص و تحليلها و ذلك تلقائيا أو بناءا على طلب الشرطة القضائية في إطار التحريات التي يقومون بها.

سنتطرق في الفقرة الأولى إلى شروط و كيفيات العمل بالبصمة الوراثية في ضل القانون16-03، أما في الفقرة الثانية فسنتطرق إلى كيفية العمل بالبصمة الوراثية في ضل القانون 16-03.

الفرع الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثيةتعد البصمة الوراثية حدث علمي جديد في ميدان الإثبات الجنائي، حيث تدل بدقة على صاحب الأثر المتروك في موقع الجريمة، لكن ليس بالتأكيد صاحب هذا الأثر هو الجاني، فقد يتصادف وجوده لحظة ارتكاب الجريمة دون أن يكون هو الفاعل أو المشارك، الأمر الذي قد يمس بدلالتها القطعية، كما أن تحاليل البصمة الوراثية يقوم بها بشر معرضون لارتكاب أخطاء أثناء القيام بهذه العملية، أضف إلى ذلك فهذه التقنية العلمية الحديثة قد تمس بحقوق الأشخاص محل الاتهام، فنظرا لكل ذلك حدد القانون 16-03 شروط العمل بالبصمة الوراثية في المواد من 3 إلى 8 من الفصل الثاني في هذا القانون(1).

1- القانون 16-03 المؤرخ في 16 يونيو 2016 ، الجريدة الرسمية عدد37 ص 6 .

أولا: يتعين أثناء مختلف مراحل أخذ العينات البيولوجية و استعمال البصمة الوراثية، احترام كرامة و حرمة حياتهم الخاصة و حماية معطياتهم الشخصية وفقا لهذا القانون

ثانيا: يخول لوكيل الجمهورية و قضاة التحقيق و قضاة الحكم، الأمر بأخذ عينات بيولوجية و إجراء تحاليل وراثية عليها وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية

ثالثا: يجوز لضابط الشرطة القضائية، في إطار تحرياتهم، طلب أخذ عينات بيولوجية و إجراء تحاليل وراثية عليها بعد الحصول على إذن مسبق من السلطة القضائية المختصة

رابعا: تؤخذ العينات البيولوجية من أجل الحصول على البصمة الوراثية للأشخاص الآتي ذكرهم(1):

- المشتبه في ارتكابهم جنايات أو جنح ضد أمن الدولة، أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة، أو الأموال أو النظام العمومي، أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات، أو قانون مكافحة تبييض الأموال و تمويل الإرهاب، أو أية جناية أو جنحة أخرى إذا رأت الجهة القضائية المختصة ضرورة ذلك.
- الأشخاص المشتبه في ارتكابهم اعتداءات على الأطفال أو المحكوم عليهم نهائيا من أجل هذه الأفعال
- ضحايا الجرائم
- الأشخاص الآخرين المتواجدين بمكان الجريمة، لتمييز أثارهم عن آثار المشتبه فيهم

1- القانون 16-03 ، المرجع السابق .

– المحبوسين المحكوم عليهم نهائيا بعقوبة سالبة للحرية لمدة تتجاوز ال 3 سنوات لارتكابهم جنايات أو جنح ضد الدولة، أو الآداب العامة، أو الأموال، أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات، أو قانون مكافحة تبييض الأموال و تمويل الإرهاب، أو أي جناية أو جنحة أخرى إذا رأت الجهة القضائية المختصة ضرورة ذلك.

– الأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بهوياتهم بسبب سنهم أو بسبب حادث أو مرض مزمن أو إعاقة أو خلل نفسي، أو أي خلل في قواهم العقلية.

– المتوفين مجهولي الهوية.

– المفقودين و أصولهم و فروعهم.

– المتطوعين و باستثنائهم لا يجوز الأخذ بالعينات البيولوجية لإجراء التحاليل الوراثية في الحالات الأخرى إلا بموجب أمر قضائي أو رخصة من القاضي المختص.

–الأطفال و لكن بحضور أحد الوالدين أو الوصي أو الشخص الذي يتولى حضانته أو من ينوب عنهم قانونا و في حالة عدم إمكان ذلك، بحضور ممثل النيابة العامة(1).– المحبوسين المحكوم عليهم نهائيا، يتم أخذ العينات البيولوجية بأمر من النيابة العامة التي توجد المؤسسة العقابية بدائرة اختصاصها، من مكان ارتكاب الجريمة. خامسا: تؤخذ العينات البيولوجية وفقا للمقاييس العلمية المتعارف عليها من قبل. – ضباط و أعوان الشرطة من ذوي الاختصاص.

– الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض، تحت إشراف ضباط الشرطة القضائية.

– الأشخاص المسخرين من طرف السلطة القضائية. ----------

----------1– القانون 16–03، المرجع السابق.

سادسا: تجرى التحاليل الوراثية على العينات البيولوجية من قبل المخابر و الخبراء المعتمدين طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما، و لا يجرى التحليل الوراثي إلا على المناطق الوراثية الغير مشفرة من الحمض النووي، دون المنطقة المسؤولة عن تحديد الجنس.

سابعا: يمنع استعمال العينات البيولوجية أو البصمات الوراثية المتحصل عليها وفقا لهذا القانون لغير الأغراض المنصوص عليها في أحكامه(1).

الفرع الثاني: كيفية العمل بالبصمة الوراثية في ضل القانون 16-03نص القانون 16-03على إنشاء مصلحة مركزية للبصمات الوراثية على مستوى وزارة العدل، يديرها قاض تساعده خلية تقنية تتكلف بتشكيل و إدارة و حفظ القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية المحصل عليها من تحليل العينات البيولوجية. تسجل البصمات الخاصة بالأشخاص الآتي ذكرهم بالقاعدة الوطنية للبصمات الوراثية، بسعي من النيابة العامة و المختصة و هم: -أولا: المشتبه فيهم الذين تمت متابعتهم جزائيا، و ذلك لارتكابهم جنايات أو جنح ضد أمن الدولة او ضد الأشخاص أو الآداب العامة أو الأموال أو النظام العمومي، أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات، أو قانون مكافحة تبييض الأموال و تمويل الإرهاب. - ثانيا: الأشخاص المسموح لهم بالتواجد بمكان الجريمة بسبب وظائفهم و مهامهم.

- ثالثا: ضحايا الجرائم

- رابعا: الأشخاص المشتبه في ارتكابهم اعتداءات على الأطفال أو المحكوم عليهم نهائيا من أجل هذه الأفعال.

- خامسا: المحكوم عليهم نهائيا من أجل جنايات أو جنح ضد أمن الدولة،أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة، أو الأموال أو النظام العمومي أو الجرائم المنصوص عليها في

1-القانون 16-03، المرجع السابق، المادة 9 .

قانون مكافحة المخدرات، أو قانون مكافحة تبييض الأموال و تمويل الإرهاب – المتطوعين.–الأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء بهوياتهم بسبب سنهم أو بسبب حادث أو مرض مزمن، أو إعاقة أو خلل نفسي أو أي خلل في قواهم العقلية(1).

يتولى القاضي المكلف بالمصلحة المركزية للبصمات الوراثية التأشير على المعطيات الوراثية قبل تسجيلها في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية، كما يسهر على تسجيل المعطيات في القاعدة الوطنية للبصمة الوراثية و ضمان حفضها(2).

ترافق المعطيات الوراثية وجوبا عند تسجيلها في القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية بالبيانات الخاصة المتعلقة بهوية صاحب البصمة الوراثية إذاكان معروفا و تاريخ و مكان الوقائع و طبيعة الجريمة المرتكبة، مع ذكر رقم القضية أو ملف الإجراءات، كما ترفق بيانات تتعلق بالحرز الذي يحتوي على العينات أو الآثار البيولوجية(3)

و قد أوجبت المادة 13 من القانون 16–03 أن يعلم كل شخص تؤخذ منه عينة بيولوجية بالشروط المعلقة بتسجيل بصمته الوراثية بالقاعدة الوطنية للبصمات الوراثية و بمدة حفضها و بحقه في تقديم طلب لإلغائها مع تحرير محضر بذلك.

لا يمكن حفظ البصمات الوراثية في القاعدة الوطنية للبصمات بالنسبة للأشخاص المشتبه فيهم المتابعين المستفيدين من أمر انتفاء الدعوى أو حكم بالبراءة نهائي، و لا أصول فروع الأشخاص المفقودين لمدة تزيد عن (25) سنة، و مدة (40) سنة بالنسبة للأشخاص المحكوم عليهم نهائيا المفقودين و الأشخاص المتوفين مجهولي الهوية

----------1–القانون16–03، المادة 10، ص7. /2– المرجع السابق، المادة 11، ص7. 3–نفس المرجع المادة12،ص7.

كما تلغى البصمة الوراثية من القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية، بأمر من القاضي المكلف بالمصلحة المركزية للبصمات الوراثية تلقائيا، أو بطلب من النيابة العامة، أو من الأشخاص المعنيين بانتهاء المدد المذكورة أعلاه إذا أصبح الاحتفاظ بها غير مجد. كما تتلف العينات البيولوجية بأمر من الجهة القضائية المختصة،إذا لم يعد الاحتفاظ بها ضروريا في كل الأحوال عند صدور حكم نهائي في الدعوى.**<u>المبحث الثاني:التكييف الشرعي للبصمة الوراثية</u>**يهتم الإسلام بالعلم اهتماما كبيرا، لأهميته و أثره على حياة الإنسان، و هذا الاهتمام يبدو جليا من خلال آيات القرآن الكريم و الأحاديث النبوية فأول ما نزل من القرآن على النبي صلى الله عليه و سلم "اقرأ بسم ربك الي خلق*خلق الإنسان من علق..."(1)،في إشارة جلية إلى أن هذا الدين هو دين علم و إن للعلم مكانة رفيعة في بناء هذا الدين و يؤكد قوله تعالى "يرفع الله الذين آمنوا منكمو الذين أتوا العلم درجات..."(2). كما أقسم الله تعالى بالعلم و أدوات العلم فقال " ن و القلم و ما يسطرون.."(3)،و قول النبي صلى الله عليه و سلم " فضل العالم على العابد كفضلي على أدناكم"(4). و المقصود بالعلوم الشرعية تلك العلوم التي جاء بها الإسلام و دعا إلى معرفتها للأخذ بها اعتقادا و قولا و عملا و تخلقا و تأدبا(5).----------

----1-سورة العلق الآية1-2.

2- سورة المجادلة الآية 11 .3- سورة القلم الآية 1 .

4- أخرجه الترمذي في سننه ، تحقيق أحمد شاكر داراحياء التراث العربي-بيروت بدون تاريخ.

5- أبو بكر الجزائري العلم و العلماء مطبعة دار الكتب السلفية القاهرة، 2003 ص 41-42.

و في هذا المبحث سوف نتناول موقف الفقه الإسلامي من البصمة الوراثية و ذلك من خلال ما يلي:

المطلب الأول: شروط العمل بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلاميوضع علماء الشرعية في العصر الحديث عدة شروط لاستخدام البصمة الوراثية في الإثبات و تحديد الهوية، تخريجا على ما قاله الفقهاء من شروط لقبول القيافة و القرائن الأخرى كأدلة للإثبات، و هذه الشروط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية و بالخبير الذي يجري تحليل البصمة للحصول على النتائج و هذا ما سوف نتناوله من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: الشروط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثيةتتمثل هذه الشروطفي:

أ-أن يكون استعمالها عند الحاجة إليها في إثبات نسب غير مستقر، و ألا تستعمل في التأكد من نسب ثابت، رعاية لجلب المصلحة منها و درءا للمفاسد. و بناء على هذا لا يجوز استخدامها في التأكد من صحة الأنساب المستقرة الثابتة، لما في ذلك من هز الثقة بين الزوجين وإثارة الشكوك بينهما و تقوية الريبة بين أفراد المجتمع.

ب- أن تنفك النتيجة عما يكذبها، فإذا كانت النتيجة مستحيلة عقلا أو حسا فهذا يوضح ما اعتراها من خطأ يسوغ رفضها وعدم الاعتماد عليها، كأن تثبت البصمة الوراثية نسب شخص لشخص آخر يقاربه في العمر أو يقل عنه(**1**).ج- أن تكون أوامر التحاليل البيولوجية للبصمة الوراثية بناء على أوامر من القضاء أو من له سلطة ولي الأمر حتى يقفل باب التلاعب وإتباع الأهواء الظنية عند ضعاف النفوس.

1- بندر بن فهد السويلم، ص129-130.

د–أن تستعمل التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه و المحافظة عليه، و ذلك كاختلاط المواليد و أصحاب الجثث المتفحمة أو إذا دعت الضرورة لذلك.

هـ– منع القطاع الخاص و الشركات التجارية ذات المصالح بالعينات من المتاجرة فيها و إغلاقها فورا، و فرض العقوبات الزاجرة و الرادعة لكل من تسول له نفيه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة و تحطيم دعائمها المستقرة(1).**<u>الفرع الثاني: شروط خبير البصمة الوراثية</u>**اشترط فقهاء الشريعة في خبير البصمة الشروط الآتية: **الشرط الأول:** أن تتحقق في القائمين على أمر تحليل البصمة الوراثية أهلية الشهادة، و منها الإسلام و العدالة، فقد قال المالكية و الشافعية و الحنابلة في رواية اشترط إسلام القائف، لأن قوله يتضمن خبرا و رواية، و قول غير المسلم لا يقبل في أمر خطير كهذا (2). و هذا الشرط انما يكون في حالة إثبات النسب لمسلم،أما في حالة إثبات النسب لغير المسلم، فإن قول الخبير غير المسلم يقبل مثله كما في الشهادة(3).وعلى قوله من اشترط العدالة، ينبغي ألا يقبل قول خبير البصمة الوراثية إذا كان يجره لنفسه نفعا، و لا يقبل حكمه لوالديه أو زوجته أو بناته(4).----------

---1– خليفة علي الكعبي، ص50.

2– الحطاب مواهب شرح مختصر خليل (دار الفكر بيروت بدون تاريخ ج5–ص247).

3– و هو قول في مذهب الحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية مجموع الفتاوى ج3–ص342.

4– محمد سليمان الأشقر (الحياة الاجتهادية في الفقه الطبي و إثبات النسب بالبصمة الوراثية – بحث مقدم لندوة الوراثة و الهندسة الوراثية، ج1–ص458).

الشرط الثاني: اشترط الفقهاءفي القائف أن يكون معروفا بالقيافة، و مشهورا بالإصابة فإن لم تعرف إصابته فإنه يجرب في حال الحاجة إليه و قد ذكره عدة طرق لتجربته و اختبار إصابته.

و لذا يشترط في القائم على تحليل البصمة الوراثية أن يكون كفا مجربا و اشتهرت عنه الإصابة و عدم الخطأ قياسا على القائف(1)، و ذلك بأن يعطي خبير البصمة الوراثية عينات من خلايا آباء و أبناء قد علم صدق نسبهم و عينات من خلال أشخاص بينهم نسب فإن الحق كل بأبيهم و نفي النسب عن من لا نسب بينهم علمت تجربته أو خبرته و إصابته(2).**الشرط الثالث:**أن يتعدد خبراء البصمة الوراثية و أن تجرى تحاليل على أكثر من عينة في معملين مختلفين.

و قد اختلف علماء الشريعة المحدثون في هذا الشرط على مذهبين:

المذهب الأول: لا يشترط تعدد خبراء البصمة الوراثيةبل يكفي قول الخبير الوحيد، و ممن قال بهذا الدكتور سعد الدين مسعد هلالي(3)، تخريجا على بعض أقوال الفقهاء القدامى في القائف، فالقائف عند هؤلاء الفقهاء إما حاكما أو قاسما قوله في ذلك حكم و يقبل في الحكم قول واحد.

المذهب الثاني:يرى أنه لا بد من تعدد خبراء البصمة الوراثية أو إجراء التحليل في جهتين مختلفتين، و قال بعض الفقهاء المحدثين منهم د. علي القرهداغي و الدكتور حسن الشاذلي و د. سليمان الأشقر، و ذلك قياسا على الشهادة فكما لا يقبل في الشهادة إلا قول اثنان.----------1- الحطاب نواهب الجليل ج5- ص247. 2- د. محمد سليمان الأشقر – إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مرجع سابق ج1-ص242. 3- انظر د. سعد الدين هلالي و علاقتها الشرعية – مرجع سابق ج1-ص242.

عمل بقوله تعالى " و استشهدوا "(1)فكذلك لا يقبل في البصمة الوراثية إلا قول خبيران.

و خلاصة القول في هذا الشرط أنه يجب توافر الضوابط العلمية و الفنية و هي نوعان: ضوابط إجرائية، و أخرى فنية.

أولا: الضوابط الإجرائيةأدى العمل بالبصمة الوراثيةإلى ظهور مشاكل عديدة، تولد عنها بعض الضوابط الإجرائية التي يتطلب مراعاتها قبل إجراء تحاليل البصمة الوراثية، و من أهمها: أ- **جمع العينات و توثيقها:** يعتمد نجاح تحاليل الحمض النووي ADNعلى الطريقة التي يتم بها أخذ العينة و جمعها من مسرح الجريمة و كيفية حفظها، حيث ثبت من الناحية العلمية أن العينات البيولوجية تفقد حيويتها و تفاعلها إذا لم تجمع و تحفظ بطريقة سليمة، و تحقيقا لذلك يجب توثيق جميع العينات، بحيث يتم تدوين العناصر و الأجزاء كما يجب أن تتضمن الاستمارة التي سيحال بواسطتها الأثر إلى المخبر للتحليل، على جميع التفاصيل الخاصة بالعينة، من حيث نوع القضية و ظروفها و المطلوب فيها على وجه التحديد، بحيث لا يؤثر سلبا على نتيجة تحاليل البصمة الوراثية(2).

ب- اعتماد المعامل القياسية: التي يتم فيها التعرف على البصمات الوراثية، و أن تكون التجهيزات المعملية مناسبة لدقة العمل، و يجب أن تنجز الأعمال بضمان الغيام التام لأي تلوث، كما يجب أن تكون المقرات المخصصة لحفظ العينات البيولوجية و نتائج التحليل مجهزة بمنشآت من شأنها أن تضمن الحماية ضد السرقة و التلف و ضمان السرية المطلقة(3).

1- جزء من الآية 282 سورة البقرة .

2- حسني محمود عبد الدايم، ص471-472. / 3- محمد الشناوي، ص69.

ج-مراقبة النوعية: ضرورة توفر الرقابة على النوعية التي بجب أن تتصف بها تحاليل التعرف بالبصمات الوراثية المنجزة في إطار إجراءات قضائية، و أن تسلم النتائج فورا إلى صاحب الاعتماد.**د- حماية المعلومات أو المعطيات:** عن طريق وضع قائمة للمعامل و المعاهد المعتمدة التي تتوافر فيها المقاييس و المعايير اللازمة، مع ضرورة إيجاد وسيلة لممارسة رقابة دورية، أو منتظمة عليها(1).**هـ- تكوين لجنة إدارية في كل دولة:** تهدف إلى وضع لائحة تتعلق بالجانب الإداريللمختبرات العلمية تقوم بالإشراف على تطبيقها(2).

و- أخذ العينات بحضور أطراف النزاع: أي أن يتم أخذها بحضور أطراف النزاعأو و وكلائهم و المخبر أو المحقق الذي تحدده المحكمة، و ذلك للتأكد من مصدر العينة، و إلا فإن عمل الخبير يكون مشكوكا فيه من طرف الأطراف المعينة بالدعوى، و خاصة في دعاوى إثبات النسب(3).

ثانيا: الضوابط العملية (الفنية):و تتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي:

أ- أن تكون المختبرات تابعة للدولة، هذا هو الأولى فإن لم يكن ذلك فيستعان بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة، و يشترط على كل حال أن تتوافر فيها الشروط و الضوابط العلمية المعتبرة محليا و عالميا في هذا المجال.

ب-أن يكون القائمون على العمل في المختبرات المنوط إليها إجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علما و خلقا، و ألا يكون أي منهم ذا قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعين، أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة(4).--

---

1- عبد الرحمان أحمد الرفاعي، ص350-351.

2- مضاء منجد مصطفى، ص86.

3- سهر كول مصطفى أحمد، ص37.

4- عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها مجلة العدل، السعودية، ع23، 1425هـ، ص65.

ج- أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالية و المستوى الرفيع و منن يشهد لهم بالتقدم العلمي و التقني، حتى لا يؤدي عدم ذلك إلى تدهور النتائج الفنية و بالتالي ضياع الحقوق من أصحابها(1).

د- يجب على الخبراء عدم فحص أكثر من عينة في وقت واحد أو على طاولة واحدة و التأكد من تحليل كل عينة قبل البدء في فحص العينة الأخرى، نظرا لدقة التحليل.

هـ-إجراء تحليل مزدوج لكل عينة في مختبرين مختلفين أو عن طريق فاحصين مختلفين في المختبر نفسه، لضمان صحة و دقة النتائج، و بالتالي زيادة قناعة القاضي(2).

و- أن تحاط الإجراءات الفنية و النتائج التحليلية بسرية تامة، سواء التي في المختبرات الفنية، أو في الدوائر ذات العلاقة، لما يحيط بهذا الموضوع من خصوصية تامة(3). **المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للبصمة الوراثية**

نظرا لعدم وجود مثل هذه الوسيلة قديما فلم نجد عنها في كتب الفقهاء القدامى حديثا،أما علماء الشريعة المعاصرين فقد اختلفوا في تكييفها الشرعي و هذا ما سوف نتناوله في الفرعين التاليين: **الفرع الأول: الأصل في الأشياء الإباحة**ذهبإلى أعمال القاعدة الأصولية التي تقض أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يثبت ضررها. و بناء عليها فلا مانع شرعيا من إجراء البحوث و العمل على توسيع البصمة الوراثية في المجالات الطبيةو الاجتماعية و الشرعية المختلفة ما لم يثبت----------

----------1- خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص51.2- إبراهيم صادق الجندي و حسين حسن الحصيني، تطبيقات البصمة الوراثية DNAفي التحقيق و الطب الشرعي، مرجع سابق ص 178-179. / 3- بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص132.

ضررها،لأن التصرفات المستحدثة النافعة التي لم يأتي فيها حكما من الشارع هي مباحة شرعا، لأن القاعدة الشرعية تنص على أن الأصل في الأشياء الإباحة، فيحق لكل إنسان أن يبرم ما يراه من العقود و ينشأ ما يراه من التصرفات، و يضع

ما يراه من الشروط، و يخترع ما يريد دون التقيد بأية شكليات في حدود عدم الضرر بالنفس أو الغير، و لا يحرم من العقود أو يبطل إلا ما دلت النصوص الشرعية على تحريمه و ابطاله، و إلى هذا ذهب أكثر العلماء قديما و حديثا و وقع شبه اجماع على ذلك(1)، و الدليل على أن الأصل في الأشياء الإباحة الكتاب و السنة و القواعد الفقهية و المعقول:**أ- من الكتاب:** وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تؤكد وجوب العمل بهذه القاعدة منها ما يلي: قوله تعالى " و أحل الله البيع "(2)، هذه الآية دليل على مشروعية التعامل لكل ما يسمى بيعا، طالما أنه لا يتعارض مع نص شرعي يحرمه، و هي أنواع مختلفة منها ما لم يرد النص عليه، فدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة، باستثناء ما قام دليل على تحريمه. و قوله تعالى " يا أيها الذي آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم "(3)و التجارة عقد معاوضة، فالآية دليل على جواز جميع عقود المعاوضات ما ورد لها اسم و ما لم يرد، ما دام أساسها تراض، و ليس فيه أكل للمال بالباطل، فدل ذلك على أن الأصل في الأشياء الإباحة.و نحن نرى أن التعامل بالبصمة الوراثية لا يخلو من كونه عقدا بين المواطنين و الجهات المسؤولة على الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل فهيإذا واقعة في دائرة المباح شرعا ما لم يثبت ضررها.

1- ابن القيم الجوزية زاد المعاد في هدى خير العباد-بيروت مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة ج5-ص732-733. / 2-سورة البقرة الآية 275. / 3- سورة النساء الآية 29.

ب- من السنة:في السنة النبوية نصوص كثيرة تدل على أن الأصل في البصمة الوراثية و غيرها من كل ما لم يأتي نصا بتحريمه الإباحة، و خاصة إذا كان يجلب مصلحة أو يدفع ضرر و من بين هذه النصوص ما روى عن عمرو بن عوف المزني أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو حل حراما، و المسلمين على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما(1). ووجه الدلالة أن ظاهر الحديث يبيح عموم الصلح، سواء كان قبل اتضاح الحق للخصم أو بعده، إلا ما استثناه الحديث كما أفاد الحديث أيضا لزوم الشرط إذ شرطه المسلم و أن المسلمين ثابتين على شروطهم واقفين عندها إلا ما حرم حلالا أو أحل حراما(2)، و دل على أن الأصل في الأشياء الإباحة كما روي عن عبد الرحمنبن معاوية، أن رجل سأل النبي صلى الله عليه و سلم فقال: يا رسول الله ما يحل لي و ما يحرم علي؟ و ردد عليه ثلاث مرات، كل ذلك يسكت النبي صلى الله عليه و سلم قال: أين السائل؟ قال: أنا ذا يا رسول الله فقال بأصابعه: ما أنكر قلبك فدعه(3)

فالبصمة الوراثية حدث علم ثبت نفعه و لم يترتب عليه ضرر إلى الآن، فالبصمة الوراثية لها فوائد في الكشف عن هوية الإنسان الحقيقية، كما يمكن الانتفاع بها في العلاج و أمور أخرى كإثبات و نفي النسب، كما أنه لم يأتي بشأنها نص يحرمها، فهي واقعة في دائرة الأشياء المباحة شرعا فيكون التعامل مشروعا ما لم ينص على خلاف ذلك -

----------1- الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام-دار الحديث، القاهرة بدون تاريخ ج3-ص883حديث رقم 821. 2- الصنعاني: سبل السلام، مرجع سابق، ج3-ص884.

3- ابن رجب- جمع العلوم و الحكم في شرح 50 حديثا من جوامع الكلم تحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبو النور – دار السلام للطباعة و النشر القاهرة طبعة أولى ج2-ص732-733.

ج- من القواعد الفقهية:استخلص الأصوليون و الفقهاء من الكتب و السنة قواعد كبرى منها:

دفع الضرر و رفع الحرج و فرعوا عنها قاعدة الأصل في المنافع الإذن و في المضار المنع، و الأصل معناه القاعدة التي يبني عليها أمر الإباحة و التحريم فيقال مثلا الأصل في الأشياء أن تكون حلالا، و هو الإذن بفعل الشيء أو تركه.

د- المعقول:إن الأصل في البصمة الوراثية و غيرها كل مستحدثا لم يرد بشأنها نص خاص،و كان مما يشتمل على مصالح للناس، فالأصل فيه الإباحة بناء على ما يأتي:

إن تحريم ما لميرد بشأنه نص لمجرد أنه مسكوت عنه يعتبر من التكليف بدون بيان فهو تكليف بما لا يطاق و هذا أمر غير مقبول.

إن البصمة الوراثية في حكم المنصوص على طلبها قوله تعالى " و في أنفسكم أفلا تبصرون "(1)، و تدخل البصمة الوراثية إن لم تدخل مع نصوص الأمر بالتداوي و التثبت من الأمور و غير ذلك من الأحكام العامة في المعفي عنه و بذلك يكون العمل بها مباحا شرعا و لا تدخل في دائرة التحريم.

الفرع الثاني: الأصل في الأشياء الحضر و المنعيرى أن الأصل هو الحضر و المنع في كل تصرف مستحدث حتى يقوم الدليل على مشروعيته، و بذلك قال بعض الفقهاء المعاصرين فيما يتعلق بالبصمة الوراثية: أن البصمة الوراثية من مستحدثات العصر، و هي كشف الحديث، و لم يثبت دليل على مشروعيتها أو مشروعية العمل بها، فحكمها الحضر و المنع و استدلوا بمذهبهم من الكتاب و السنة و المعقول.

1- سورة الذاريات الآية 21.

أ -**من الكتاب:**

قوله تعالى " اليوم أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الإسلام دينا " ، و وجه الدلالة من هذه الآية أنها نصت على اكتمال الدين بأحكامه لا نقص فيه و لا ادعاء وجود اكتشافات و تصرفات جديدة فإنهإتهام للشريعة بالنقص. و قوله تعالى " و منيتعدى حدود الله فأولئك هم الظالمون " و هذه الكريمة منعت من جواز إضافة ما لم يرد به نص، و من يفعل ذلك فهو من الظالمين. **ب- من السنة:**استدل القانون بهذا المذهب من السنة بحديث عائشة في قصة بريرة، عن النبي صلى الله عليه و سلم " قال ما بال رجال يشترطون شروطا ليس في كتاب الله فهو باطل و أن مائة شرط، قضاء الله أحق فشرط الله أوثق "(**1**). و يتضح من هنا أن النبي صلى الله عليه و سلمنص على بطلان كل شر لم يرد نصا بجوازه، و هذا عام في كل تعامل مستحدث بما فيه البصمة الوراثية. **ج- من المعقول:**إن الشارع الحكيم هو المنفرد بالتشريعو من التزم بتصرف أو بعقد أو بشرط لم ينص عليه الشارع فهو مردود عليه، كما أن التعامل بالبصمة الوراثية تعامل في خلايا الإنسان، و الإنسان له حرمة بنص الآية الكريمة " و لقد كرمنا بني أدم و حملناه في البر و رزقناهم من الطيباتو فضلناهم على كثير من خلقنا تفضيلا "(**2**).----------

----------1- صحيح البخاري (مكتب التوفيقية – القاهرة بدون تاريخ ج3 ص93).

2- سورة الإسراء الآية 70.

و يمكن الرد على أصحاب هذا المذهب المانعين لجعل البصمة الوراثية دليل من الأدلة الفاصلة على أساس أن المشروع وارد على سبيل الحصر، فكل ما عداه يدخل في عداد المحظور و الممنوع كما يلي:

1- ليس في الآيات التي استدلوا بها ما يدل على تحريم ما يستحدثه الناس من تصرفات و عقود على سبيل الإطلاق، فقوله تعالى " اليوم أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الإسلام دينا " فهي تثبت كمال الدين بأحكامه الجزئية و قواعده الكلية فكما تصف كل مستحدث يدخل ضمن القواعد الكلية و بذلك تكون الآية حجة عليهم لأنه تشمل أحكام الوقائع الحالية و المستقبلية(1).

2- ليس في الحديث الذي استدلوا به على تحريم استحداث تصرفات أو وقائع على سبيل الإطلاق فقوله صلى الله عليه و سلم " ما من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، إنما هو في الشروط و التصرفات التي تخالف صراحة ما ورد في شأنه نص في كتاب الله، أما المستحدثات من الوقائع و التصرفات و الشروط التي لا تعارض نصا أو قاعدة شرعية فلا يقال ببطلانها "(1).

3- القول بأن الشارع الحكيم هو المنفرد بالتشريع، فكل من استحدث تصرف أو واقعة أو شرطا أو عقد لم ينص عليه الشارع فهو مردود عليه و نحن نرى من وجهة نظرنا أن الشارع الحكيم هو المنفرد بالتشريع فهذا حق و لكن هذا التشريع جاء بطبيعة خاصة تتناسب مع كونه خاتم الأديان و الشرائع فجاء بأحكام مفصلة و أخرى إجمالية ليشمل كل الأمور من المستحدثات الدنيوية.

1- د. سعد الهلالي، المرجع السابق ص 99.

4- القول بأن التعامل بالبصمة الوراثية يتعارض مع كرامة الإنسان غير صحيح لأن الإسلام هو الذي استن الحلق أو التقصير، و حث على تقليم الأظافر و شرع الختان للذكور و لو كان ذلك بترا لعضو فاسد و في كل ذلك اهدارا لخلايا البشرية و لا يعتبر هذا هدرا لكرامة الإنسان بل العكس يعتبر تكريما للإنسان لمعالجته و تهديده(1).**المطلب الثالث: حكم العمل بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي**البصمة الوراثية كسائر الأفعال من حيث تعلقه بالمكلف، تسري عليها الأحكام التكليفية الخمسة(1) و فقال للظروف و الملابسات المحيطة بها فمثلا طعام الأصل أن يكون فيه مباحا في حال الاعتياد، و لكن قد يكون واجب إذا تحقق به بقاء الحياة فقد يكون حراما إذا كان مغصوبا أو مسروقا و قد يكون مكروها إذاكان به شبهة التحريم،و حسب فعل المكلفين الذي يختلف من حال إلى آخر و يمكن توضيح ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الحكم التكليفي البصمة الوراثيةقد يكون العمل في محل البصمة الوراثية واجبا إذا كانت هي السبيل الوحيد لبيان و معرفة الحقيقة، و إذا تعينت كطريق لرد حق أو تبرأة مظلوم، و إذا تعينت على بعض المتخصصين فإنهم يجب عليهم العمل بها لتحقيق النفع للمجتمع. و قد يكون العمل بها حراما إذا استغلت استغلال سيئا و ترتب على أعمالها ظلم أو أثرت على استقرار المجتمع و أمنه. و يكون العمل بها مندوبا إذا ترتب على العمل بها فوائد و منافع للمجتمع دون أن يكون في طرح العمل بها مضار.

1- الأحكام التكليفية هي الوجوب و الندب و التحريم و الإكراهو الإباحة راجع د. عبد الكريم زيدان الوجيد في أصول الفقه (مؤسسة قرطبة-الجيزة 1998ص29).

و يكون العمل بها مباحا حيث اعتاد الناس و لم يكن بها ضرر عليهم(1).

الفرع الثاني: الحكم الوضعي للبصمة الوراثيةإذا كان الحكم تكليفي يتعلق بأحكام المكلفين فإن الحكم الوضعي يتعلق بالأشياء المادة الحسية، و يعرف بأنه جعل الشيء سببا لشيء أو شرطا له أو مانعا له. و الحكم الوضعي ينقسم إلى ثلاث أقسام سبب، شرط، مانع فإذا وجد السبب و تحقق الشرط و زال المانع ترتب على الفعل الأثر الشرعي و التكليف الذي ارتبط به، و بعد أن ثبت علميا أن البصمة الوراثية ذات نتائج علمية حقيقية، فإنها وفقا لذلك تترد من ناحية التكييف الفقهي الأصولي بين كونها سببا أو شرطا أو مانعا. و تمثل البصمة الوراثية إثباتا للهوية الحقيقية للشخص و من يأتي من صلبه، و هي بذلك تعد سببا شرعيا لما يترتب على إثبات هوية و حقيقة الإنسان من آثار إذا لم يوجد مانع لذلك و الفقهاء القدامى قد اعتبروا اكتشاف الهوية الحقيقية للإنسان سببا شرعيا يترتب عليه، ثبوت الشبه بقول القائف سبب شرعي، لإلحاق النسب عند النزاع مع ما يترتب على ذلك من آثار في الميراث و المحارم و غيرها(2)، كما يترتب عليه تحقيق هوية المفقود و اكتشاف حياته سببا شرعي لإثبات حقه في الميراث و استرداد زوجته(3).

المطلب الرابع:

موقف البصمة الوراثية للفقه الإسلامي

بعد عرض موقف علماء الفقه الإسلامي من البصمة الوراثية، المجيز استخدامها من جهة الرافض لذلك من جهة أخرى لذلك كان من الضروري عند البحث في مشروعية البصمة الوراثية لا بد من مراعاة المجال الذي يستخدم فيه البصمة ----------

--------1- ابن القيم الجوزية طريق الحكمة في السياسة الشرعية المؤسسة العربية للطباعة و النشر 1991ص10. 2-د. سعد الهلالي البصمة الوراثية ص 194 و ما بعدها.

3- عبد الله بن محمد بن سليمان مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحار- دار إحياء التراث العربي بيروت ج1-ص713.

الوراثية، لأن التقنين الشرعي للبصمة الوراثية يختلف من مجال إلى آخر و ذلك كما يلي:

الفرع الأول: في مجال النسب و نفيه. يجوز الأخذ بالبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب و هذا أمر صحيح، لأنه إذا أجاز الحكم بثبوت النسب بناء على قول القيافة، لاستنادها على علامات ظاهرة أو خفية بناء على الفراسة أو المعرفة و الخبرة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء و الأبناء، فإن الأخذ بنتائج الفحص بالبصمة الوراثية بناء على قول خبراء الوراثة أقل من أن يكون مساويا للحكم بقول القيافة إن لم تكن البصمة الأولى بالأخذ بها، لأن البصمة الوراثية يعتمد فيها على أدلة مخفية محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية التي أثبت العلم صحة نتائجها(**1**)، الدالة على وجود شبه أو العلاقة النسبية بين إثنين أو نفيه كما قال أحد الأطباء المختصين " أن كل ما يمكن أن تفعلهأهل القيافة يمكن للبصمة الوراثية أن تقوم به و بدقة متناهية(**2**)،و قد نص بعض الفقهاء على ترجيح قول القائف المستند في قوله إلى شبه خفي على قول القائف المستند في قوله إلى شبه ظاهر، معللين بذلك بأن الذي يستند في قوله إلى شبه خفي معه زيادة علم تدل على حدقه و بصيرته(**3**)، و جاء في توصية ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية ما نصه " البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطأ للتحقق من الوالدية البيولوجية و التحقق من الشخصية و لا سيما في مجال الطب الشرعي، و هي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء، و تمثل تطورا عصريا عظيما

--1- د. محمد بخطمه- بعض النظريات الفقهية في البصمة الوراثية و تأثيرها في إثبات النسب، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الدورة 15 مكة المكرمة، 2002 ص 26.

2- د-محمد بخطمه – بعض النظريات الفقهية في البصمة الوراثية ص28.

3- مغنى المحتاج: بن قدامة، دار الفكر بيروت، بدون تاريخ ج2-ص491.

في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع عليه، و لذلكترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى(1)و قد جاء في مشروع توصية مجتمع الفقه برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة " أنه لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالا و لا استعمالها في نفي النسب من ثبت نسبه بأي دليل شرعي(2)و قال الشيخ محمد الأشقر أنه لم يكون مقبولا استخدام الهندسة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بتاريخ شرعي صحيح، و لكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي الأبوة لم تثبت بتاريخ شرعي صحيح(3) و بناء على ذلك فإنه يمكن الأخذ بالبصمة الوراثية في الحالات التالية:

حالة التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء.حالات اشتباه المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية المواليد و الأطفال و نحوها.

حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم بسبب الحوادث و الكوارث و تعذر معرفة أهليهم، و كذلك عند وجود جثث لم يمكن التعرف عليها بسبب الحروب و غيرها(4).

و لا يجوز الأخذ بالبصمة إلا في الحالات التالية: إذا أقر رجل بنسب مجهول النسب، و توفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به، للإجماع على ثبوت النسب بمجرد الالتحاق مع الإمكان، فلا يجوز عندئذ عرضه على أهل القيافة لعدم المنازعات فيه، فإن البصمة الوراثية هنا تأخذ حكم القيافة(5).----------

---------- 1- ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب ص46.

2- مناقشات جلسة المجمع الفقهي عن البصمة الوراثية في دورته الخامسة عشر ص21.

3- إثبات النسب بالبصمة الوراثية (ضمن أعمال ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية، مرجع سابق ج1-ص454).

4- مناقشات جلسة المجمع الفقهي عن البصمة الوراثية في دورته الخامسة عشر ص23.

5- ملخص الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية ص47.

إقرار بعض الإخوة بالنسب لا يكون حدة على باقي الإخوة، و لا يثبت به نسب، و إنما تقتصر آثاره على المقر في خصوص نصيبه من الميراث، و لا يعتد بالبصمة الوراثية هنا لأنه لا مجال للقيافة فيها(1).

إلحاق مجهول النسب بأحد المدعين بناء على قول أهل القيافة أقام الآخر بينة على أنه ولده فإنه يحكم بها، و يسقط قول أهل القيافة بأنه بل على البينة، فيسقط بوجوبها البصمة الوراثية تأخذ حكمه في الأمر(2).

الفرع الثاني: في المجال الجنائي هو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جناية قتل، أو اعتداء، أو في حالات الاختطاف بأنواعها أو في حالة انتحال شخصيات الآخرين و غيرها من المجالات الجنائية.

في هذا المجال يمكن الاستدلال عن طريق البصمة الوراثية على مرتكبي الجريمة و التعرف على الجاني من بين المتهمين من خلال أخذ ما يقط من جسم الجاني الحقيقي مكان وقوع الجريمة، و إجراء تحاليل البصمة الوراثية على تلك العينات المأخوذة، و مطابقتها على البصمة الوراثية للمتهمين بعد إجراء الفحوصات المخبرية على بصماتهم(3)، فعند تطابق البصمة الوراثية بالعينة المأخوذة من محل الجريمة مع نتيجة البصمة الوراثية لأحد المتهمين، فإنه يكاد يجزم بأنه مرتكب الجريمة دون غيره من المتهمين في حالة كون الجاني واحدا.

و قد يتعدد الجناة و يعرف ذلك من خلال تعدد العينات الموجودة في مسرح الجريمة و يرى المختصين أن النتيجة في هذه الحالات قطعية أو شبه قطعية و لا سيما عند تكرار التجارب و الوصل إلى نفس النتائج عدة مرات(4).

1- البصمة الوراثية و آثارها في إثبات النسب بين أعمال ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية ج1-ص497.

2- مغنى المحتاج: ابن قدامه، مرجع سابق 5/770-771.

3- سعد الدين هلالي، مرجع سابق ص30./ 4- د. نجم عبد الواحد البصمة الوراثية و تأثيرها على النسب.

و بناء على هذا فإن استخدام البصمة الوراثية في الوصول لمعرفة الجاني و الاستدلال بها كقرينة من القرائن المعينة على اكتشاف المجرمون و إيقاع العقوبات عليهم، أمرا ظاهر الصحة و الجواز بدلالة الأدلة الشرعية الكثيرة على الأخذ بالقرائن من الكتاب و السنة و الحكم بموجبها و مشروعية استعمال الوسائل المتنوعة و استخراج الحقوق و معرفتها.

و المستند الشرعي لجواز الأخذ بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي أنها وسيلة لغاية مشروعة، و للوسائل حكم الغايات و لما كان الأخذ بها في هذا المجال هو تحقيق لمصالح كثيرة و درء الفساد الظاهر ذهب الفقهاء إلى مشروعية العمل بها و الاستعانة بها في إظهار الحق و إصدار الأحكام بموجبها إذا كانت في حدود المعقول(**1**) و لقد اضحى من المتعين اعتماد البصمة الوراثية في زماننا لحل المشاكل العلاقة المرتبطة بصحة النسب أو بطلانه، و بما يترتب على ذلك من حقوق و واجبات الأسباب التالية:

أ- إن البصمة الوراثية تخدم إحدى مقاصد الكبرى للشريعة و هي حفظ النسب.

ب- إنها كفيلة بحفظ الأعراض و العورات حين يتبين النسب الصحيح من غيره، و يتبين بذاك درجات القرابة و حدود المحرم بالاختلاط بين الرجال و النساء(**2**).

ج- إن جمهور العلماء قبل العمل بالقيافة و البصمة الوراثية قيافة علمية أكثر دقة و ضبطا(**3**)

1- ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية برابطة العالم الإسلامي مكة المكرمة 2002 ص 21.

2- د. نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ص 43.

3- د. فؤاد عبد المنعم ، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي ج4 - ص 444.

الفصل الثاني

إثبات و نفي النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية في مسألة نفي النسب

تمهيد:النسب في اللغة يطلق على: القرابة، و قيل: هو في الآباء خاصة(1). هذا و لا يكاد الباحث في الكتب الفقهية أن يقف على تعريف شرعي للنسب جامع مانع، إذ يكتفي الفقهاء بتعريف النسب بمعناه العام، المستفاد من معناه في اللغة و هو مطلق القرابة بين شخصين(2). لذلك لم يهتم الفقهاء الشرعيون بتعريف النسب اكتفاء ببيان أسبابه الشرعية(3).

و في هذا الفصل سوف نتناول مبحثين:

المبحث الأول: بيان طرق إثبات و نفي النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية في مسألة نفي النسب.

المبحث الأول:بيان طرق إثبات و نفي النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

أتطرق في هذا المطلب إلى طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي في الفرع الأول أما الفرع الثاني فأخصصه لطرق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول:طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي.

سبب ثبوت النسب بالنسبة للمرأة هو الولادة، فمتى جاءت بولد ثبت نسبه منها دون توقف على شيءآخر من فراش أو إقرار أو ادعاء، ولا فرق بين أن تكون الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو اتصال بشبهة أو من سفاح.

1- ابن منظور، ج14، باب النون، ص118.

2- عمر بن محمد السبيل، ص16.

3- سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية و قضايا النسب الشرعي، الموقع الإلكتروني لمنتدى أطفال الخليج ذوي الاحتياجات الخاصة، (http://www.gulfkids.com/ar/index.php?action=show_res&r_id=68&topic_id=1349)، تصفح بتاريخ 2014/10/02.

و إذا ثبت النسب منها بالولادة كان لازما ولا يمكن نفيه. أما بالنسبة للرجل، فإن النسب يثبت في حقه بالنكاح الصحيح و ما ألحق به(1).

أما طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي فهي متعددة، نظرا لتشوق الشرع لإثبات نسب الولد و عدم إهماله، و سوف أبين هذه الطرق بيانا مجملا دون الدخول في تفاصيل آراء العلماء في بعض الشروط و الصور المعتبرة في كل طريق منها، و يمكن أن أقسم طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي إلى طرق متفق عليها و أخرى مختلف فيها، كالآتي:

أولا- طرق إثبات النسب المتفق عليها: تتمثل في هذه الطرق في: الفراش، و الإقرار، و البينة

1- الفراش: الفراش في اللغة:ما افترش، و الجمع أفرشة و فرش، و الفرش: المفروش من متاع البيت، و قد يكنى بالفرش عن المرأة(2).

يقول جل شأنه:

(وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ *إِنَّآ أَنشَأْنَٰهُنَّ إِنشَآءً *فَجَعَلْنَٰهُنَّ أَبْكَارًا *عُرُبًا أَتْرَابًا *لِّأَصْحَٰبِ الْيَمِينِ)." الواقعة الآيات: 34-38 " ، و قيل: إن الفرش هنا كناية عن النساء اللواتي في الجنة، و ارتفاعها كونها على الأرائك أو كونها مرتفعات الأقدار في الحسن و الكمال(3).

- و المراد بالفراش اصطلاحا: الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة عند ابتداء حملها بالولد، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين، و هو لا يكون إلا بالزواج الصحيح و ما ألحق به،

1- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب)، (د. ط) الدار الجامعية، بيروت،1998، ص247.

2- محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت 1250هـ) فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير، تحقيق يوسف الغوش، ط4 ، دار المعرفة، بيروت، 2007، ص1446.

3- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارن بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري)

فإذاولدتالزوجةبعدزواجها – بشروطسيأتيبيانها –
ثبتتنسبهمنذلكالزوجدونحاجةإلىإقرارمنهبذلكأوبينةتقيمهاالزوجةعلىذلك،والسببفيذلكهوأنعقدا
لزواجالصحيحيبيحالاتصالالجنسيبينالزوجينويجعلالزوجةمختصةبزوجهايستمتعبهاوحده
،وليسلغيره،أنيشاركهذلكالاستمتاعبلولاالاختلاءبهاخلوةمحرمة،فإذاجاءتبولدفهومنزوجها،
واحتمالأنهمنغيرهاحتمالمرفوض،لأنالأصلحملأحوالالناسعلىالصلاح حتي يثبت
العكس(1)، و
يدخل في مفهوم الفراش: فراش الزوجة الصحيح، أو ما يشبه الصحيح. فالصحيح هو عقد النكاح المعتبر شرعا، حيث توفرت أركانه و شروطه، و انتفت موانعه، و أما ما يشبه الصحيح فهو عقد النكاح المعتبر شرعا، حيث توفرت أركانه و شروطه ، و انتفت موانعه، و أما ما يشبه الصحيح فهو عقد النكاح الفاسد، و هو المختلف في صحته، و كذا الوطء بشبهة على اختلاف أنواعها، فإن حكمه حكم الوطء بنكاح صحيح فيما يتعلق بثبوت نسب المولود الناتج عنه(2).--------

----------1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون)، ط4، الدار الجامعية، بيروت،1983،ص-ص703-704.

2- عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص21.

و الأصل في ثبوت النسب بسبب الفراش ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: " كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي عهد إلى فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي، و ابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي عليه الصلاة و السلام، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، و ابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش و للعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله "(1).

و يعد ثبوت النسب بالفراش أهم الطرق الشرعية للإثبات النسب، قال ابن القيم(2)، " فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة "(3).

و اشترط العلماء لثبوت النسب بالفراش شروطا، هي:

أ-**إمكان التلاقي بين الزوجين**:و هذا الشرط متفق عليه، و إنما الخلاف في المراد به، أهو الإمكان و التصور العقلي، أو الإمكان الفعلي و العادي(4).

لذلك اختلف الفقهاء فيما تصير به الزوجة فراشا يثبت به النسب، على ثلاثة أقوال:

ب- **أحدهما**:أنه لا يشترط الدخول الحقيقي و التلاقي بين الزوجين و يكفي مجرد العقد الصحيح في إثبات النسب، و هذا قول الحقيقة(5).

1-أخرجه الشيخان: محمد بن إسماعيل البخاري(ت256هـ)، صحيح البخاري ط1،دار ابن كثير،دمشق2002 2- هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين: من أركان الإصلاح الإسلامي، و أحد كبار العلماء.

3- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية (ت751هـ) ، زاد المعاد في هدي خير العباد.

4- وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر،دمشق،1985،ص682.

5- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني(ت587هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص607.

و الثاني: أنه يشترط إمكان الدخول مع عقد النكاح ليثبت نسب الولد من الأب، و هذا مذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة(1). **و الثالث:** أنه يشترط لثبوت النسب في الزواج الصحيح مع العقد الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، و هذا اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه ابن القيم(2). **ب- أن يكون الواطئ ممن يولد لمثله:**أي إمكان كون الولد منه كالصبي و كذا الخصي و المجبوب(3). و سوف أذكر آراء الفقهاء فيهم عند دراستي لطرق نفي النسب.**ج- أن يولد الولد بين أدنى و أقصى مدة الحمل:** لقد اتفق الفقهاء على أن أقل مدة أن تحمل فيها المرأة و تضع حملها فيعيش هي ستة أشهر. قال ابن عبد البر(4): " و قد أجمع علماء المسلمين بأن الولد لا يلحق إلا في تمام ستة أشهر من يوم النكاح "(5)، و يقول ابن القيم: " قال الله تعالى: «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۚ» (الأحقاف،15) فأخبر تعالى أن مدة الحمل و الفطام ثلاثون شهرا و أخبر في آية البقرة أن مدة تمام الرضاع حولين كاملين فعلم أن الباقي يصلح مدة للحمل وهو ستة أشهر، فاتفق الفقهاء كلهم على أن المرأة لا تلد لدون ستة أشهرإلا أن يكون سقطا، و هذا أمر تلقاه الفقهاء عن الصحابة رضي الله عنهم "(6).

1- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي في شمس الدين(ت1230هـ)،دار الكتب العلمية،بيروت،1996،ص398./ 2- ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ج5،ص415. 3- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم و المعاصر(دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعين الإسكندرية،2010،ص-ص:94-95. 4- يوسف بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد البرالنمري القرطبي المالكي. 5- يوسف بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد البر(ت463هـ)، الاستذكار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، ج22 ، ط1، دار الوعي، القاهرة،1993،ص178. 6- محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية(ت751هـ)، تحفة المودود بأحكامالمولود، تحقيق عبد المنعم العاني،ط1

و يتفق أهل الطب و الفقهاء حول أقل مدة الحمل، إذ تؤكد الشواهد الطبية أن الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلا للحياة، و إلى هذا يذهب أهل القانون أيضا(1). أما أكثر مدة الحمل فقد اختلف الفقهاء فيها إلى عدة أقوال، يمكن تلخيصها على النحو الآتي: -**القول الأول**:ذهب الحنفية و أحمد في رواية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتان(2)- **القول الثاني**:إن أكثر مدة الحمل أربع سنين، و به قال الشافعية و هو ظاهر المذهب عند الحنابلة و قول عند المالكية(3). -**القول الثالث**:المشهورعند مالك أن أكثر مدة الحمل خمس سنين(4). -**القول الرابع**: أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر، و هو مروي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، و هو الظاهرية، و قول محمد بن عبد الله بن عبد الحكم(5)،من المالكية، جاء في المحلى:« و لا يجوز أن يحمل أكثر منتسعة أشهر...و مما روي عنه مثل قولنا عمر بن الخطاب...وهو قول محمد بن عبد الله بن عبد الحكم»(6). و من أصحاب هذا القول ما يقول: أكثر مدة الحمل سنة، لاستيعاب احتمال ما يقع من الخطأ في حساب الحمل(7). و قد وي هذا أيضا عن محمد بن عبد الحكم في رواية أخرى(8).

1- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية،ط1،دار النفائس،بيروت، 2000، ص375.

2- محمد بن أبي سهل السرخسي (ت483ه)، المبسوط، تحقيق خليل محي الدين الميس،ج6، ط1،دار الفكر، بيروت2000،ص-ص37-38.

3- الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص118/ ابن قدامة، مرجع سابق، ج2، ص1944.

4- محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري القرطبي(ت671ه)، الجامع لأحكام القرآن،ط1، دار عالم الكتب.

5-محمد بن عبد الله بن عبد الحكم،المصري، بيت الأفكار الدولية بيروت، 2003، ص-ص1852-1853

6- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي(ت456ه) المحلى في شرح المجلى بالحجج و الآثار.

7- سيد السقا، القول الفصل في أكثر مدة الحمل، ط1، مطبعة النور المحمدي، القاهرة، 2014، ص19.

8- القرطبي مرجع سابق، ج9، ص287.

و الحق في هذه القضية أن هذه التقديرات لم تبن على النصوص، بل على ادعاء الوقوع في هذه المدد، و أن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الوقائع ما يؤيد التقدير بخمس، ولا بأربع، و لا سنتين، و إنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر، و قد يوجب الاحتياط التقدير بسنة، و رجح بعض الفقهاء المتقدمين ذلك(1).

و لعل أنسب ما قيل حول هذه الآراء، ما ذكره ابن رشيد الحفيد(2)، بقوله:« و هذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة و التجربة. و قول ابن عبد الحكمو الظاهرية و هو أقرب إلى المعتاد ، و الحكمو إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، و لعله أن يكون مستحيلا »(3)

و الحقيقة أن منشأ هذا الاختلاف الكبير في اكثر مدة الحمل من الناحية الفقهية كون المسألة اجتهادية لا نص فيها من كتاب أو سنة يحسمها، فجاءت أقوال الأئمة– رحمة الله عليهم – تعكس ثقافة عصرهم، و بناء على تتبع الوقائع و سؤال العامة من النساء، فكانت كل واحدة تخبر بحالها حسب فهمها و ظنها و توهمها، فتلك امتد بها الطهر سنتين ثم حملت فتظن أن حملها دام ثلاث سنوات، و أخرى تضع مولودها و قد نبتت أسنانه فتتوهم أن الحمل قد طال بها إلى أربع سنوات أو أكثر.

و عليه فهذه الروايات لا يطمئن إليها ولا يعول عليها في بناء الأحكام الشرعية خاصة بعد أن كشف العلم الحديث بطلانها، و مع ما حققه العلم و طلب التوليد و أمراض النساء من إنجازات في هذا المجال و ما أوجده من وسائل يمكن بواسطتها الكشف عن الجنين، و تصويره و هو داخل الرحم، و تقدير عمره ------

----------1–محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص387. 2– محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد.

3– ابن رشد ، مرجع سابق، ج2، ص358.

بالضبط، لا يدع مجالا للقول ببعض الآراء التي تجاوزها الزمن، و التي تتناقض مع الاستقراءات الطبية و الحقائق العلمية، و إن كان يعذر أصحابها في القول بها بالنظر إلى ما وصل إليه العلم حينها. و ذلك مبلغهم من المعرفة الطبية(1).**2-الإقرار**:و معنى الإقرار بالنسب، إخبار شخص بوجود القرابة بينه و بين شخص آخر و هذه القرابة تتنوع إلى نوعين: **-قرابة مباشرة**:و هي الصلة القائمة بين الأصول و الفروع لدرجة واحدة كالبنوة و الأبوة و الأمومة **-**

قرابة غير مباشرة:و هي قرابة الحواشيالذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعا لآخر كالأخوة و العمومة، و مثلها قرابة الأصول و الفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد و الحفدة(2). و

الإقرار بالنسب نوعين:

- **الأول**:إقرار يحمل المقر على نفسه فقط، كالإقرار بالبنوة، أو الأبوة.

- الثاني:إقرار يحمله المقر على غيره، و هو ما عدا الإقرار بالبنوة و الأبوة كالإقرار بالأخوة و العمومة(3).

و قد وضع الفقهاء شروطا لصحة الإقرار بالنسب، أهمها(4):

أ- أن يكون المقر بالنسب بالغا عاقلا غير مكره على الإقرار.

ب- أن يكون المقر به مجهول النسب: بأن لا يكون معروف النسب من أب آخر، فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر كان هذا الإقرار باطلا، لأنه----

---

1- زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)،(د. ط)، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص44.

2-محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص714-715. 3- عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق،ص22.4-الكاساني، مرجع سابق، ج10، ص1147.

يقطع نسبه الثابت من غيره

ج- ألا ينازع المقر بالنسب أحد، لأنه إذا نازعه غيره فليس أحدهما أولى من الآخر بمجرد الدعوى، فلا بد من مرجح لأحدهما.

د- ألا يكذب المقر له المقر، إن كان أهلا لقبول قوله، فإن كذبه فإنه لا يصحالإقرار عندئذ، ولا يثبت به النسب.

هـ- أن يكون المقر له بالنسبة ممن يمكن ثبوت نسبه من المقر، و ذلك بأن يولد مثله لمثله فلو كان في سن لا يتصور كونه منه لم يثبت النسب، لأن الحس يكذبه.

3- البينة:و المراد بها الشهادةيثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه(1)

و قد أجمع العلماء على أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عدلين، قال ابن القيم: « البينة: بأن يشهد شاهدان أنه ابنه، أو أنه ولد على فراشه من زوجته أو أمته، و إذا شهد بذلك اثنان من الورثة لم يلتفت إلى إنكار بقيتهم، و ثبت نسبه، و لا يعرف في ذلك نزاع »(2).و إن شهد به رجل و امرأتان عدول فقد اختلف العلماءفي ثبوت النسب بذلك: فذهب الحنفية إلى ثبوت النسب بها، و ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى عدم ثبوت النسب بها(3)

و البينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، بل يثبت في حقه و حق غيره، أما الإقرار فهو كما عرفنا حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره،

---------- 1- عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص24.

2- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، مرجع سابق، ج5، ص417.

3- الكاساني، مرجع سابق، ج9، ص-ص:54-55.

و ثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار، لأن البينة أقوى الأدلة، لأن النسب و إن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد، فاحتمال البطلان بالبينة(1).

و يدخل في مفهوم البينة، الشهادة بالاستفاضة و يطلق عليها الفقهاء أيضا (الشهادة بالسماع) أو بالتسامع، أو بالشهرة، أو بالاشتهار، وهم في كل ذلك يقصدون الشهادةبسماع ما شاع و اشتهر الناس(2)

و قد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع، كما هو الشأن في الزواج أو الزفاف و الدخول بالزوجة، و الرضاع و الولادة و الوفاة(3).

لأن هذه الأمور لا يطلع عليها إلى خواص الناس، فإذا لم تجز فيها الشهادة بالسماع أدى إلى الحرج، و تعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث و حرمة الزواج(4)

و إذا ثبت نسب المدعى بالبينة لحق نسبه بالمدعي و ترتب عليه ثبوت جميع الأحكام المتعلقة بالنسب

ثانيا:- الطرق المختلف فيها في إثبات النسب:

و تتمثل في القيافة و القرعة و استلحاق الزاي ولد الزنا إذا ولد على غير فراش،و هذا ما سأحاول معرفته فيما يلي:

-------- 1- وهبة الرحيلي، مرجع سابق،ج7، ص695.

2- نخبة من العلماء تحت إشراف وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج4، ط2، ذات السلاسل الكويت، 1986، ص45.

3- الكاساني، مرجع سابق،ج9، ص9.

4- وهبة الرحيلي، مرجع سابق، ج7، ص696.

1-القيافة:القيافة لغة: هي حرفة القائف(1). و القائف هو الذي يتتبع الآثار و يعرفها و يعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه(2)

و القائف في الاصطلاح: هو الذي يعرف النسب بفراسته و نظره إلى أعضاء المولود(3)، و إنما تكون القيافة طريقا إلى إثبات النسب عند تعارض البينات، و التنازع في الولدإذا لم يكن النسب معروفا بطريقة من الطرق الثلاثة المتقدمة، لذا فإن القيافة لا تصلح أن تكون طريقا لنفي نسب ثابت، و إن عارض مقتضى القيافة شيء مما تقدم من المثبتات فلا قيمة للقيافة عندئذ(4). و لقد اختلف العلماء في إثبات النسب بالقيافة على قولين: **القول الأول:** ذهب الحنفية، إلى أن القيافة لا يلحق بها النسب، لأنها ضرب من الظن و التخمين(5)

القول الثاني:ذهب الجمهور من الشافعية(6)، و الحنابلة(7)، و الظاهرية(8). ---

----------1- جمال مراد حلمي و آخرون،مرجع سابق، باب القاف، ص766.

2-ابن منظور، مرجع سابق، ج11، باب القاف، ص349.

3- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1983، باب القاف، ص171.

4-ناصر بن عبد الله الميمان، مرجع سابق، ص202.

5- السرخسي، مرجع سابق، ج17، ص-ص: 63-64.

6- الشربيني، مرجع سابق، ج6، ص-ص: 438-439.

7- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي موفق الدين(ت620هـ)، الكافي في فقه أحمد بن حنبل، تحقيق محمد فارس و مسعد عبد الحميد السعدني، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص207.8- ابن حزم، مرجع سابق، ص1584.

و المالكية في أولاد الإمام في المشهور مذهبهم(1)،إلى أن النسب يثبت بالقيافة عند عدم الفراش، و البينة و حال الاشتباه في نسب المولود و التنازع عليه، فيعرض على القافة، و من ألحقته به القافة من المتنازعين ألحق به، و حجتهم في ذلك ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: « دخل على رسول الله صلى الله عليه و سلم فرأى أسامة و زيدا و عليهما قطيفة، قد غطيا رؤوسهما، و بدت أقدامهما ، فقال:إن هذه الأقدام بعضها من بعض»(2)

و قد قال ابن حزم(3)– ردا على قول الحنفية بأن القيافة ظن و تخمين –: «ما حكم القافة بظن، بل بعلم صحيح يتعلمه من طلبه و عني به، و ما كان الرسول عليه الصلاة و السلام ليحكم بالظن »(4).هذا و قد اشترط الجمهور لاعتبار قول القائف، و الحكم به في إثبات النسب عدة شروط، أهمها: أن يكون القائف مسلما مكلفا، عدلا، ذكرا، سميعا، بصيرا، عارفا بالقيافة، مجربا في الإصابة(5)

2– القرعة:و القرعةطريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله إذا لم يكن تعيينه بحجة(6)،و قد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقرعة، على قولين هما:

القول الأول: ذهب إلى القول بالقرعة و اعتبارها طريقا من طرق إثبات النسب،---

---------- 1– المواق، مرجع سابق، ج7، ص263.

2– أخرجه الشيخان: البخاري، مرجع سابق، كتاب الفرائض، باب القاف، حديث رقم6771، ص1676، و مسلم، مرجعسابق، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، حديث رقم 1459، ص667.

3– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفرسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي اليزيدي (الأموي)، بيت الأفكار الدولية بيروت، 2004، ص–ص 2725–2730.

4– ابن حزم، مرجع سابق، ص1744.

5– عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص–ص26–27. 6–نخبة من العلماء تحت إشراف وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج1، ط2، ذات السلاسل، الكويت، 1983، ص247.

الظاهرية(1)، و هو نص الشافعي في القديم،(2) و قال بها الإمام أحمد في رواية(3).**القول الثاني:** ذهب الحنفية(4) و المالكية(5) و هو المذهب عند كل من

الشافعية(6) و الحنابلة(7)إلى أنه لا يثبت النسب بالقرعة.

لأن القرعة تستعمل في الأموال و لا تستعمل في إثبات النسب لوجود طرق أخرى غيرها تستعمل فيه(8)

و القرعة عند القائلين بها لا يصار إلى الحكم بها إلا عند تعذر غيرها من طرق إثبات النسب من فراش أو بينة أو قيافة، أو في حالة تساوي البينتين، أو تعارض قول القافة فيصار حينئذ إلى القرعة حفاظا للنسب عن الضياع و قطعا للنزاع و الخصومة، بها غاية ما يقدر عليه، و هي أولى من ضياع نسب المولود لما يترتب على ذلك من مفاسد كثيرة(9).----------

1- ابن حزم، مرجع سابق، ص1744.

2- حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي(ت388ه)، معالم السنن، ج3، ط1،المطبعة العلمية، حلب، 1932، ص277.

3- علي بن سليمان المرداوي(ت885ه)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة،ج2، (د. ط)، بيت الأفكار الدولية، بيروت، 2004،ص1154.

4- السرخسي، مرجع سابق، ج15، ص8.

5-أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان القرافي (ت684ه)، كتاب الفروق(أنوار البروق في أنواءالفروق)، تحقيق محمد أحمد سراج و علي جمعة محمد، المجلد الرابع، ط1، دار السلام، القاهرة، 2001، ص1273.

6-الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص489.

7- ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق، ج2، ص1380.

8- حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق ص715.

9- عمر بن محمود السبيل، مرجع سابق ص-ص31-32.

و إثبات النسب عن طريق القرعة غير معمول به في هذا الزمان بفضل الله ثم بالتقدم العلمي في مجال تحليل الدم و البصمة الوراثية، فقد شاعت و استقر العمل بها في محل التنازع في النسب، ولا ريب أن القرعة لا يصار إليها لوجود الدليل المرجح(1).**3- استلحاق الزاني ولد الزنا إذا ولد على غير فراش:** اختلف العلماء فيما إذا استلحق الزاني الولد المولود من الزنا إذا كان مولودا على غير فراش، أي إذا كانت الزانية خلية و ليست فراشا للزوج، على قولين:

أ- **القول الأول:** وهو قول الجمهور من الحنفية(2)و المالكية(3) و الشافعية(4) و بعض الحنابلة(5)و الظاهرية(6)، حيث هذا الفريق عدم إلحاق الولد بالزاني و إن ادعاه. و أهم ما استدل به هذا الفريق:

- قوله جل و علا شأنه: " الولد للفراش و للعاهر الحجر"(7) و وجه الاستدلال أن الولد ينسب لصاحب الفراش، ولا فراش للزاني(8).

- تحريم الزنا و عده من الكبائر، و ذلك بنصوص قرآنية و أحاديث عديدة و من ثم تحريم كل ما نتج عنه، و من ذلك نسب الولد(9).

1- عبد الرشيد محمد أمين قاسم، مرجع سابق،ص59.

2- السرخسي، مرجع سابق، ج17، ص136.

3-ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص358.

4- الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص148.

5- ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق، ج2، ص1503.

6- ابن حزم، مرجع سابق، ص1496.

7- سبق تخريجه، أنظر ص37.

8- السرخسي، مرجع سابق، ج17، ص136.

9- تمام محمد اللودعمي، مرجع سابق، ص174.

ب- القول الثاني: و هو قول الحسن البصري، و ابن سيرين، و إبراهيم النخعي، و إسحاق بن راهويه و عروة بن الزبير، و سليمان بن يسار(1) و ابن تيمية(2)، و ابن القيم(3). حيث يرى هذا الفريق أنه إذا استلحق ولده من الزنا و لا فراش له، فإنه يلحق به، مع اختلافهم في بعض الشروط الأخرى. و يدل لهذا القول ما يلي: - ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: « لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة عيسى ابن مريم و صاحب جريج، و كان جريج رجلا عابدا، فاتخذ صومعة فكان فيها،...، و كانت امرأة بغي يتمثل بحسنها، فقالت: إن شئتم لأفتنه لكم، قال فتعرضت له، فلم يلتفت إليها، فأتت راعيا كان يأوي إلى صومعته، فأمكنته من نفسها، فوقع عليها، فحملت، فلما ولدت، قالت هو من جريج، فأتوه فاستنزلوه و هدموا صومعته جعلوا يضربونه، فقال: ما شأنكم؟قالوا: زنيت بهذه البغي، فولدت منك، فقال: أين الصبي؟ فجاءوا به، فقال دعوني حتى أصلي فصلى فلما انصرف أتى الصبي فطعن في بطنه، و قال: يا غلام من أبوك؟ قال: فلان الراعي...»(4) الحديث.* **وجه الاستدلال:**أن هذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب(5). فإن النبي عليه الصلاة و السلام قد حكى عن جريج أنه نسب ابن الزنا للزاني، و صدق الله نسبته بما خرق له من العادة في نطق الصبي بالشهادة له بذلك،

1- ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق، ج2، ص1503.

2- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية(ت728هـ)، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، ج32، (د. ط)، مجمع الملك فهد، المدينة المنورة 2004، ص-ص:112-113.

3- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ج5، ص-ص:425-426.

4- أخرجه الشيخان: البخاري، مرجع سابق، كتاب العمل في الصلاة، باب إذا دعت الأم ولدها في الصلاة، حيث رقم1206،ص291، و مسلم(بلفظه)، مرجع سابق، حديث رقم2550، ص1188.

5- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ج5، ص426.

و أخبر النبي صلى الله عليه و سلم عن جريج في معرض المدح و إظهار كرامته، فكانت النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى و إخبار النبي الكريم عن ذلك فثبتت البنوة و أحكامها(1). – أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط(2) أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام(3).

و يكمن الخلاف بين ابن تيمية و الجمهور في أن حديث الولد للفراش عنده خاص بما إذا كانت المرأة فراشا لرجل آخر، فيلحق الولد بالزوج، إلا أن ينفيه باللعان، فإن لم تكن المرأة فراشا لأحد و ولدت ولد الزنى و استلحق الزاني لحقه، أما عند الجمهور فليس للزاني فراش مما ينبغي عليه أنه إذا استلحق ولده من الزنى لم يلحقه لحديث و للعاهر الحجر(4)

<u>الفرع الثاني:طرق إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري</u>تأثر المشرع الجزائري في تحديد هذه الطرق بما ورد في الفقه المالكي في بعض الحالات،يضاف إليه ما توصل إليه الاجتهاد المعاصر في قضايا النسب لدى بعض الدول الإسلامية، عندما يتعلق الأمر بجواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب حسب ما أقره التعديل الجديد لقانون الأسرة(5).---------- 1- القرطبي، مرجع سابق، ج5، ص115. 2- يليط: أي يلحق، و لاط القاضي فلانا بفلان: ألحقه به، و هو مجاز(محمد مرتضى الحسيني الزبيدي) 3- مالك بن أنس بن مالك(ت179هـ)، الموطأ، حديث رقم2159، ص284. 4- خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص289.

5- أحمد دغيش، الاجتهاد القضاءفي إثبات النسب و موقف الفقه الإسلامي من قضايا النسب المعاصرة.

و قد عددت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري طرق إثبات النسب، بقولها: يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمفسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذ القانون، و يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب(1).

و يمكن أن أقسم هذه الطرق إلى طرق منشئة للنسب و أخرى كاشفة عن النسب.

أولا- الطرق المنشئة للنسب:

1- تتمثل في الزواج الصحيح و الزواج الفاسد و الباطل و نكاح الشبهة.

الزواج الصحيح: لم يعرف المشرع الجزائري عقد الزواج الصحيح في قانون الأسرة الجزائري، و لكن يمكن استنتاجه بالنظر إلى المواد: 07،09،09 مكرر و 18 من الأمر 05-02، و عليه فهو العقد الذي استوفى ركن الرضا و شروط صحته مع الشكلية و الرسمية التي فرضها القانون(2).

و هذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من أن عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تم برضا الزوجين و حضور ولي الزوجة و شاهدين و صداق و أبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا(3).

و إذا ما استوفى عقد الزواج الصحيح لكل أركانه و شروطه فإنه ينتج كل آثاره الشرعية و القانونية كوجوب النفقة، و ثبوت النسب، و حق التوارث، و وجوب المهر، و حرمة المصاهرة(4).----------

1- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 و يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 و المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، س42،ع15، 2015/02/27،ص21

2- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، الجزائر،ص-ص:80-81.

3- م.ع.ج، غ.أ.ش، 1993/02/03، ملف رقم 88856، م.ق، 1996، ع2، ص69.

4- سليمان ولد خسال، مرجع سابق،ص81.

و الذي يعنيني هنا من آثار عقد الزواج الصحيح هو ثبوت النسب، و لقد بين قانون الأسرة الجزائري شروط إثبات النسب بالزواج الصحيح أو الشرعي، و هي كالآتي: أ- أن يكون الاتصالممكنا: و هذا ما نصت عليه المادة41، بقولها: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال...»(1). و نص المادة جاء صريحا و تبنى ما قال به جمهور الفقهاء من أن النسب بالعقد مع إمكانية الدخول، ذلك أن الفراش يحدث بالعقد و أن العقد الصحيح هو السبب في ثبوت النسب شريطة إمكانية الدخول و المعاشرة الحقيقية(2).

و على هذا يجب أن يكون الزوج بالغا، وفقا لنص المادة07 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02، فإنه لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل، لقيام القرينة القاطعة على أن الولد ليس منه، لأن العبرة هي بالدخول، أي بتلاقي الزوجين البالغين، و لأن الإنجاب لا يكون إلا من هذا التلاقي بين الطرفين(3). و بما أن عملية الاتصال الجنسي بين الزوجين هي الوسيلة التي أقرها الشرع الإسلامي للإنجاب، إلا أنه يمكن أن تعترضها عوائق مرضية قد تحول دون تحقق التناسل كعقم أحد الزوجين أو كليهما، أو بسبب خلل بيولوجي نتيجة ضعف الخصوبة لدى الزوج أو الزوجة، فقد توصل العلماء في مجال العلوم البيولوجية بصفة عامة و علم الأجنة بصفة خاصة إلى أن عملية الإخصاب الاصطناعي ----------

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمماللجمهورية الجزائرية، س21،ع21،ع24،1984/06/12،ص912.

2- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري،(د. ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2010،ص15.

3- العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق.أ.ج، أحكام الزواج،الجزائر،2010،ص372.

كبديل للإخصاب الطبيعي في حالة إصابة أحد الزوجين بعقم أو ضعف يحول دون إتمام عملية الحمل بالاتصال الجنسي الطبيعي ذلك أن التوليد الاصطناعي هدفه التوليد بغير الطريق الطبيعي(1)

و لقد أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المضافة بموجب الأمر 05-02 بالشروط التالية: (2).- أن يكون الزواج شرعيا. - أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما. -أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

كما منع في الفقرة الأخيرة من نفس المادة اللجوءإلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة(3). و يفهم من هذا النص الاعتراف بمشروعية هذه الوسيلة الطبية في مساعدة الزوجين للقضاء على آثار العقم، و هذا النص نموذجا حسنا عن سعي المشرع الجزائري لمواكبة التطور العلمي و الطبي. و هو بذلك يعد في صدارة الدول العربية التي اعتنت بهذا الموضوع(4)

و الملاحظ هنا أنه يمكن أن أجد في ما ذهب إليه المشرع الجزائري و بعض التشريعات العربية و الفقهاء المعاصرين من جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشروطه، و إثبات النسب المتولد عن هذه العملية، إسقاطا له على ما قاله فقهاء --

---

1- نصر الدين ماروك، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2013،ص25.

2- الأمر رقم 05-02، مرجع سابق، ص21.

3- عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة،ط1، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا،2011،ص108.

4- زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص205.

الحنفية من إثبات النسب بالفراش مع إمكانية التلاقي عقلا، و في هذا دلالة على سعة الفقه الإسلامي و على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان و مكان.

ب- أن تتحقق مدة الحمل المفروضة قانونا: لا يكفي لكي يلحق النسب بالزوج، أن يكون هناك عقد زواج صحيح يربط بينه و بين زوجته و إنما لا بد أن تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعا و قانونا(**1**)

و قد نصت المادة42 من قانون الأسرة على أن:«أقل مدة الحمل ستة(06) أشهرو أقصاها عشر(10) أشهر...»(**2**).و بذلك حدد المشرع الجزائري أدنى مدة الحمل و هي ستة أشهر أخذا بما أجمع عليه جمهور الفقهاء. أما أقصى مدة للحمل فقد حددها بعشر أشهر و هو بذلك يكون قد أخذ برأي الطب الحديث.

حيث قرر الأطباء أنه يستمر نماء الحمل منذ التلقيح حتى الميلاد معتمدا في غذائه على المشيمة و الأصل ان مدة الحمل بوجه التقريب مائتان و ثمانون يوما، تبدأ من أول يوم الحيضة السوية السابقة للحمل. فإن تأخر الميلاد عن ذلك ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدة أسبوعين آخرين ثم يعاني الجنين من بعد ذلك لدرجة ترفع نسبة وفاة الجنين في الأسبوع الثالث و الأربعين و الرابعو الأربعين و من النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرحم خمسة و أربعين أسبوعا(**3**).

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص373.

2- القانون رقم 84-11،مرجع سابق، ص912.

3- نجم عبد الله عبد الواحد، مدة الحمل، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، س2، ع4، 1410هـ، ص-ص257-258.

و القول بالحد سالف الذكر يوحي كأن هناك تعارض بين الشرع و الطب و لا يؤدي إليه لأن ذلك لا يتعارض مع الشرع لعدم ثبوت نص يقيني قاطع يفيد عدم هذا و يناقضه، ذلك أن كل الذي ثبت لا يرقى إلى مرتبة اليقين و الصحة. و من ثم كان الدليل ظني الثبوت، و لو تبين خلافه يقينا ما وجدنا حرجا في اللجوء إليه و الأخذ به، لأن قطعي العلم لا يناقضه قطعي الدين و العكس مهما كان(1).

و نشير إلى أن أقصى مدة الحمل تراعى حين زوال الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة ابتداء من يوم الوفاة الحقيقية أو الحكمية، أو من تاريخ التصريح بالطلاق أو التطليق أو الخلع(المادة43 و المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري)، أما مع قيام فراش الزوجية فلا عبرة بطول المدة(2).

ج- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة:بالإضافةإلى شرطي إمكانية الاتصال بين الزوجين و ولادة الولد من خلال المدة المحددة قانونا للحمل، أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا لثبوت النسب بالزواج الصحيح، و هو عدم نفي الولد من قبل الزوج بالطرق المشروعة، و هذا ما نصت عليه المادة41 من قانون الأسرة، بقولها: « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة »(3).و إذا كانت القاعدة، من حيث المبدأ، أن الزوجة يجب أ يحمل حالها على الصلاح فإن العلاقة الزوجية ليست في مأمن من سوء الظن من قبل الزوج في زوجته لدرجة نكران المولود الذي تلده. و في غياب الدليل المادي فإن استمرار العلاقة الزوجية، ----------

1- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج1، الخطبة و الزواج، (دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية)، ط2، شهاب2000، الجزائر، 1994، ص-ص: 426-427.

2- زبيدة اقروفة، مرجع سابق، ص453- القانون رقم 84-11، مرجع سابق، ص912.

و الحال كذلك تصبح غير ممكنة، لذا شرع اللعان كوسيلة نفي النسب و التفريق بين الزوجين.

إضافة إلى ذلك ظهرت في هذا القرن وسائل علمية لنفي النسب تستعمل في بعض الدول لتحديد علاقة المولود بوالده، أي علاقة الأبوة عندما تكون محل نزاعأمام القضاء. و كانت هذه الطريقة في البداية عن طريق تحليل فصائل الدم، و بعدم التقدم العلمي في هذا المجال استحدثت طريقة أخرى تعرف بالطريقة الوراثية البيولوجية أو البصمة الوراثية.

و حيث أن مشرعنا استعمل في المادة 41 من قانون الأسرة عبارة " ولم ينفه بالطرق المشروعة " هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنه لم يخص اللعان بالذكر منفردا كوسيلة وحيدة من وسائل نفي النسب، لذا فإننا نرى أن المشرع ترك الباب مفتوحا لاجتهاد القضاء في اختيار الوسيلة المناسبة التي يقتضيها الأمر لإثبات نفي النسب(**1**).و سيأتي تفصيل طرق نفي النسب في المطلب الثاني من هذا المبحث.

2- الزواج الفاسد و الباطل:لم يذكر المشرع الجزائري لفظ الزواج الفاسد و الباطل في المادة 40 المتعلقة بطرق إثبات النسب، و إنما قال: «... أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون...»(**2**).

و بالرجوع إلى المواد 32 و 33 و 34 من قانون الأسرة نجدها أدرجت في هذا الفصل الثالث من باب الزواج تحت عنوان النكاح الفاسد و الباطل، إضافة إلى المادة 35 من نفس القانون.

1-مخطاريخ طفياني، إثبات النسب في تقنين قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي،(د. ط)، دار الجامعة، الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص23.

2- الأمر رقم 05-02، مرجع سابق، ص21.

و قد نصت المادة 32 على أن«يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد»(1).أما المادة 33 فجاء فيها:«يبطل الزواج إذا اختل ركن من أركان الرضا. إذا تم لزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل»(2). و المادة 34 نصت على أن:«كل زواج بإحدى الحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده، و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الاستبراء»(3). و قبل الحديث عن ثبوت النسب بالزواج الفاسد و الباطل يجدر بي تعريف كل منهما في القانون و مقارنته بالتعريف لهما.

أ- تعريف الزواج الباطل:- تعريفه فقها: الزواج الباطل عند الجمهور هو ما فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط صحته، و أما عند الحنفية فهو ما فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده(4)

- تعريفه قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الباطل، لكن باعتماده المادة 9 و المادتين 32 و 1/33 من الأمر 05-02 يمكن تعريفه على أنه: هو كل عقد زواج فقد ركنا من أركانه الأساسية أو إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة(5).

---------- 1-الأمر رقم 05-02 المرجع السابق،ص21.

2- المرجع و الموضع نفسه.

3- القانون رقم 84-11، مرجع سابق، ص912.

4-وهبة الزحيلي، مرجع سابق،ج7، ص95.

5- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص290.

ب- تعريف الزواج الفاسد:

- تعريفه فقها: الزواج الفاسد عند الحنفية هو ما استوفى أركانه و شروط انعقاده و تخلف فيه شرط من شروط الصحة، و لا فرق عند الجمهور بين الفاسد و الباطل(1).- تعريفه قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري أيضا الزواج الفاسد و الباطل، و لكن بالنظر إلى المادتين 9 مكرر و 2/33 من الأمر 05-02 أمكن القول بأنه: هو كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب و القبول و لكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر و تبين أمره قبل الدخول طبقا للمادة 2/33 من الأمر(2)**ج- الفرق بين الزواج الفاسد و الباطل:**

لقد اخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية حين ميز بين الزواج الفاسد و الباطل و لكنه خالفهم في بعض الأحكام، و هذا ما ألاحظه فيما يلي:

- من حيث الانعقاد:إن الباطل و الفاسد من الأنكحة في نظر فقهاء الحنفية أنفسهم لا فرق بينهما من حيث الانعقاد و عدمه، فكلاهما غير منعقد(3). و هذا خلافا للمشرع الجزائري الذي أجاز تصحيح العقد الفاسد بعد الدخول بمهر المثل طبقا للمادة 2/33 من الأمر 05-02، لأنه رأى ضرر الفسخ أكثر من ضرر الاستمرار فيه فأقره بالدخول(4)

-

من حيث الأسباب:إن الزواجالباطل سببه اختلال ركن الرضا أو شرط من شروط الانعقاد كوجود مانع من الموانع الشرعية بين الزوجين، أما الزواج الفاسد فسببه اختلال شرط من شروط الصحة.

---------- 1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص96.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص295.

3- نبيل صقر، قانون الأسرة (نصا و فقها و تطبيقا)، (د. ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2006ص80

4-محمد محدة، مرجع سابق، ص84.

- من حيث الآثار:

* إن الزواج الفاسد يفسخ وجوبا قبل الدخول ولا يترتب عليه أي أثر مثله في ذلك مثل الزواج الباطل، كما نصت على ذلك المادة 2/33 من الأمر 05-02، أما بعد الدخول فإن بعض الآثار تترتب عليه(1)

*إن المشرع الجزائريرتب على الزواج بإحدى المحرمات و هو زواج باطل بعض الآثار و هي ثبوت النسب و وجوب الاستبراء، حفظا للأنساب، و هو بهذا أخذ برأي المالكية في إثبات النسب لمن كان غير عالم بالحرمة.

* إن الزواج الفاسد توجد فيه شبهة كافية لدرجة عقوبة الحد إذا أعقبه دخول و هو الذي يجعل الدخول فيه من قبيل الدخول بشبهة و يترتب عليه تلك الأحكام الاستثنائية (الصداق و العدة و نسب الولد) أما الباطل فليس فيه هذه الشبهة(2).

و نلاحظ أن هناك التباس بين نص المادة 32 و المادة 34، حيث تقتضي المادة 32 ببطلان العقد مع وجود المانع، في حين أن المادة 34 تقتضي بفسخ العقد قبل الدخول و بعده إذا تم الزواج بإحدى المحرمات و هو يعد من الموانع، و هناك فرق بين الفسخ و البطلان من الناحية القانونية، فالفسخ في القانون يأتي على علاقة تعاقدية صحيحة، في حين البطلان لا يعترف بهذه العلاقة أصلا(3). و الأصح استبدال كلمة (يفسخ) في المادة 34 بكلمة (يبطل) كما ورد ذلك في النص الفرنسي(est déclaré nul)(4).----------

1- سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص84.

2- نبيل صقر، مرجع سابق، ص86.

3- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل(دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، ط1،دار الخلدونية، الجزائر، 2008،ص100.

4- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص302.

د- إثبات النسب بالزواج الفاسد و الباطل: بعد أن عرفت كل من الزواج الفاسد و الباطل و الفرق بينهما أجد أن الزواج الفاسد غير معني بنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: «يثبت النسب فيها بالزواج الصحيح...، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طيقا للمواد32 و 33 و34 من هذا القانون»(1).

و مادام الزواج الفاسد لم يقرر المشرع فسخه بعد الدخول، فإن هذا النص يشير إلى الزواج الباطل، متى توافرت أسباب البطلان، عندما يتعلق الأمر بوجود أحد موانع الزواج بعد الدخول طبقا للمادة 32 منه، و كذلك الزواج بإحدى المحرمات، و لم يفرق بينهما إلا بعد الدخول طبقا للمادة 34، و من أسباب البطلان اختلال ركن الرضا حسب المادة33 الفقرة الأولى(2).

و الزواج الباطل لا يقر على حال سواء الدخول أو بعده، و مع هذا المشرع محافظة منه على إثبات النسب و عدم إضاعة الولد، جعله كالنكاح الصحيح تماما من حيث إنتاج هذا الأثر، و ذلك إذا ما توافرت شروط إثبات النسب في النكاح الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة إلى إمكانية مجيء الولد من الزوج و من هذا الزواج(3).**3- نكاح الشبهة:**تعرف الشبهة بأنها ما يشبه الثابت و ليس بثابت، و نكاح الشبهة هو نكاح يقه خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص و هو من الأنكحة القليلة الحدوث(4). ----------

1- الأمر رقم 05-02، مرجع سابق، ص21.

2- أحمد دغيش، مرجع سابق، ص-ص159-160.

3- محمد محدة، مرجع سابق، ص-ص433-434.

4- باديس ذيابي، مرجع سابق، ص55.

و لقدآخذ البعض(1)على المشرع الجزائري استعماله للفظ نكاح الشبهةو رأى بأنهجانب الصواب، فقد كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة. و لعل المشرع الجزائري قصد لأنه في المادة 40 استعمل لفظ الزواج لما ذكر الزواج الصحيح و كذا الزواج الفاسد و الباطل بينما استعمل لفظ النكاح لما ذكر نكاح الشبهة في نفس المادة

و يدل على ذلك، أن النكاح عنج أهل الأصول و اللغة حقيقة في الوط، مجاز في العقد، فحيث جاء في الكتاب و السنة مجردا عن القرائن يراد به الوطء(2). و الوطء بشبهة: هو الاتصال الجنسي غير الزنا، و ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، و قيل: أنها زوجته، فيدخل بها. و مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه، فيظنها زوجته. ومثل وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة، على اعتقاد أنها تحل له(3).و يثبت نسب المولود من الوطء بشبهة إذا ولدته المرأة ما بين أقل مدة الحمل و أكثرها لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء(المادة40 من ق.أ.ج) لأن الوطء المستند إلى شبهة نكاح، لا هو زنا يجب فيه الحد، و لا هو دخولحقيقي يرتكز إلى عقد نكاح، و لذلك يلحق فيه الولد لأبيه، لأنه نكاح مختلف فيه و الاختلاف شبهة، و الشبهة تفسر لصالح الولد إذا ولد بين أقل مدة الحمل و أقصاها من تاريخ الدخول(4).----------

1- أنظر: جيلالي تشوار، نسب الطفي في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، ع3، 2005، ص6.

2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص30.

3- المرجع نفسه، ص688.

4- العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، (د. ط)، دار هومة، الجزائر،2013،ص-ص646-647.

ثانيا- الطرق الكاشفة عن النسب:تتمثل الطرق الكاشفة عن النسب في قانون الأسرة الجزائري في الإقرار و البينة، إضافة إلى الطرق العلمية.**1- إثبات النسب**

بالإقرار: الإقرار هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على النفس، و يحتمل أن يكون صحيحا أو كاذبا، لكن برغم ذلك عد دليلا أو حجة أمام القاضي، و هو ملزم بالأخذ به، و لكن بشرط ترجيح الصدق على الكذب، لأن الإنسان غير متهم بما يقر به على نفسه(1). و لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الإقرار في المادة 40 من قانون الأسرة و اعتبره طريقا من طرق إثبات النسب و لكن لم يعرفه بينما عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري، بقولها: «الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة»(2). أما المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري فقد تناولتا أنواع الإقرار بالنسب و شروط كل نوع، كالتالي: أ-

الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة:كان يقول هذا إبني، أو هذا أبي، أو هذه أمي، و هذا ما نصت عليه المادة 44 من قانون الأسرة: «يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة»(3). و عليه يصح إقرار الرجل- و لو في مرض الموت – بالولد أو الوالدين إذا تحققت الشروط التالية:

- أن يصدقه الشرع: و ذلك بأن يكون المقر له مجهول النسب، فإذا كان ثابت النسب من غير المقر كان هذا الإقرار باطلا لان الشرع قاض بثبوت النسب من --

---

1- أحمد دغيش، مرجع سابق، ص161.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، س12، ع78، 1975/09/30، ص1010.

3- القانون رقم 84-11، مرجع سابق، ص912.

ذلك

– أن يصدقه العقل أو العادة: و ذلك بأن يولد مثل المقر له بالبنوة من مثل المقر حيث يكون فرق السن بينهما محتمل لمثل هذه الولادة، أو يولد مثل المقر بالأبوة لمثل المقر له، فمن قاللطفل: هذا إبنيو كان سن هذا الطفل عشر سنوات، و سن المقر عشرين سنة لم يعتبر هذا الإقرار لأنه ل يعقل أن يولد للإنسان ولد و هو ابن عشر سنين(1) هذا و

تجدر الملاحظة أن شرط أن يصدقه المقر له على إقراره إن كان أهلا لذلك إلى نص المادة 45 منه، و من خلال مفهوم المخالفة له يتضح أن الإقرار بالنسب بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة يسري على غير المقر، و منهم المقر له و بقية الأقارب بدون حاجة تصديق منهم(2).**ب– الإقرار بغير البنوة و الأبوة و الأمومة:** و الإقرار في هذا النوع لا ينسب فيه الشخص المقر له بالنسب إلى النفس و لا ينتسب هو إلى غيره، إنما شخص ثالث يحمل نسبه على غيره و من ثم قبل بأن النسب متعد، و ذلك كأن يقول الرجل بأن فلانا أخوه أو عمه أو ابن ابنه، و لكن يثبت هذا النوع من الإقرار و ينتج أثره لا بد فيه من توافر الشروط السابق ذكرها مع شرط تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء،و هذا وفق ما جاء في نص المادة 45 التي تقول: «الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه»(3). حيث بينت لنا هذه المادة الأحوال التي لا يشترط فيها تصديق المقر و هي إذا ما كانالشخص ينسب الغير له أو ينسب نفسه للغير – كما ذكرنا سابقا – ،

---------- 1– سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص108.2– فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق،ج1،ط1،المدرسة الوطنية للكتاب، الجزائر، مشار إليه في: أحمد دغيش، مرجع سابق، ص912.

3– القانون رقم 84–11، مرجع سابق، ص912.

أما إذا كان النسب محمولا على الغير فهنا لا بد فيه من تصديق هذا الغير حتى يثبت النسب و ينتج الأثر في حقه، و من هنا يتضح جليا أن الإقرار بالنسب على الغيرلا يملكه المقر، و لا يلزم غيره إلا بالتصديق له، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب(1). – الفرق بين الإقرار و التبني:

يختلف التبني عن الإقرار بالبنوة لأن الإقرار اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول، فمن أقر لمجهول النسب بأنه ابنه فقد اعترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية و أنه خلق من مائه سواء كان صادقا في الواقع أم كاذبا. كما أن الإقرار ليس سببا منشئا للنسب بل هو طريق لإثباته، و السبب الحقيقي إنما هو الولادة – للمرأة– و الاتصال الجنسي بناء على عقد صحيح أو فاسد أو شبهة.

أما التبني فهو إلحاق شخص معروف النسب إلى أب آخر، أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه ليس منه، بل يتخذه ولدا له و ليس حقيقي، بل هو ابن الغير(2).

فالإقرار هو كشف لواقعةمادية شرعية و صحيحة و ليس إثباتا لواقعة جديدة، كما أنه ليس مجرد إلحاق صوري بنسب غير حقيقي لأبوة أو بنوة مفترضة، و هو ما يعرف بنظام التبني الذي أنكره الإسلام و قام بتحريمه(3).

و على ذلك سار المشرع الجزائري في المادة 46 من قانون الأسرة بنصه على أنه: «يمنع التبني شرعا و قانونا...»(4).---------- 1–محمد حدة، مرجع سابق، ص431. 2– عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (دراسة شرعية قانونية مقارنة)، ط1،دار البصائر، الجزائر، 2007، ص207. 3– باديس ذيابي، مرجع سابق، ص–ص:69–70. 4– القانون رقم 84–11، مرجع سابق، ص912.

و هو تطبيقا لما جاء في قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَٰكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ " سورة الأحزاب/الآية 5 "

فالتبني افتراء و كذب على الله و يؤدي إلى مفاسد كثيرة منها:

-أنه يأتي بشخص أجنبي يعيش مع الأجنبيات عنه لا تربطه بهم رابطة مشروعة، فيطلع منهم على ما حرم الله الاطلاع عليه، و يحرم الزواج منهم مع أنهن محللات له.- أنه يجب نفقة من الأقارب و يشاركهم في الميراث، فيحرمهم من بعض ما يستحقون منه(1). و إذا كان الإسلام قد حرم التبني الذي كان شائعا في الجاهلية إلا أنه بالمقابل أقر التكفل بمجهولي النسب و الاهتمام بهم لأنهم لا ذنب لهم، و لهذا جاء فصل كامل في قانون الأسرة الجزائري فصلت فيه أحكام الكفالة من المادة 116إلى المادة 125 منه.

هذا و تجدر الإشارة أنه وقع نزاع كبير بين مؤيدين و معارضين للرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 جانفي 1992 و الخاص بتغيير اللقب لولد مجهول النسب من الأب ليحمل لقب الكفيل، و إذا كان البعض قد اعتبره أقرب للتبني بل هو من الوجهة القانونية ما هو إلا نظام التبني، و قالوا: نحن أمام تبني تام، لأن هذا المرسوم أوجد سببا من أسباب الإرث ألا و هو القرابة و عليه فإن هذا المرسوم أدخل التبني في القانون الجزائري و لو بصورة مستترة. فإن البعض الآخر اعتبره في صالح المكفول لأنه يتعلق بتسهيلات إدارية ليس إلا خصوصا و قد أفتى بذلك

---------- 1- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009،ص76.

بعض علماء الجزائر كالشيخ أحمد حماني(1) رحمه الله(2).**2- إثبات النسب بالبينة**:البينة في اللغة يقصد بها الحجة الواضحة(3).أما اصطلاحا: فهي كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات القانونية و الشرعية(4)هذا و تطلق البينةعلى معنيان:

- الأول: معنى عام و هو الدليل أيا كانت كتابة أو شهادة أو بالقرائن.

- الثاني: معنى خاص و هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة دون غيرها(5).و البينة أقوى من الإقرار لأنها حجة متعدية إلى الغير و الإقرار حجة قاصرة فتقتصر على المقر فحسب، و بذلك لو تعارض إقرار و بينة في دعوى النسب رجح جانب البينة. فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل و ادعى نسبهو توافرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار، فلو جاء رجل آخر و ادعى نسبه و أقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق من المقر(6).و المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص في مجال إثبات النسب بالبينة إلا على أنه: «يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة...»(7).----------

1-أحمد بن محمد بن مسعود ين محمد حماني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص الفقه و أصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر،2011/2010، غير منشورة، ص-ص:74-75.

2- سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص110-111.

3- جمال مراد حلمي و آخرون، مرجع سابق، باب الباء، ص80.

4- سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص109.

5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام(الإثبات و آثار الالتزام)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998،ص311.

6- حسين طاهري، مرجع سابق، ص77.

7- المادة 40 من الأمر 05-02، مرجع سابق، ص21.

فلم يبين ما يقصد بهذه البينة؟ هل جميع ما يكون حجة يعتبر كذلك؟أم هو قاصر كما ذهب الجمهور على الشهادة سواء في نظر من قال منهم بشهادة رجل و امرأتين أو شهادة رجلين كالمالكية؟(1)

و لمعرفة المعنى الذي يقصده المشرع الجزائري بالبينة في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نرجع إلى اجتهادات المحكمة العليا. فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: «...و من المقرر قانونا أيضا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا لنص المواد 32-33-34 من هذا القانون، و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة القانون

و متى تبين – في قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا و قانونا طبقا لأحكام المادة40 و ما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض»(2)

و يستخلص من هذا القرار الذي رفضت فيه المحكمة العليا إجراء فحص الدمو اعتماده كدليل لإثبات النسب و اعتباره خرقا لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة، أنها لم تأخذ بالمعنى العام للبينة كونه يشمل الكتابة و القرائن، و أخذت بالمعنى الخاص للبينة بمفهوم المخالفة لما جاء في القرار و هي شهادة الشهود(3).-------

---------- 1-

محمد محدة، مرجع سابق، ص432.

2- م.ع.ج، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 222674، م.ق، 2001، عدد خاص، ص88، مشار إليه: صالح بوغرارة، مرجع سابق، ص75. 3-

صالح بوغرارة، المرجع و الموضع نفسه.

و الجدير بالذكر أن هذا القرار صدر قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، و الذي أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، و هذا ما سنتناوله في النقطة الموالية.

كما تجدر الملاحظة أنه إذا كانت الدعوى بالبنوة، أو البنوة، أو الأمومة، و كانالمدعى عليه حيا، فإن الدعوى تسمع و لو كانت مجردة عن أي حق مادي، لأن النسب في هذه الحالات يجوز أن يقصد لذاته. فإذا أقام المدعي البينة على دعواه، تقبل هذه الدعوى، و يثبت بها النسب لكل من الطرفين و تجب بها جميع الحقوق التي لكل منهما. و أما إذا كانت الدعوى بغير النسب الأصلي المباشر، كأن كانت بالأخوة أو العمومة، أو كانت بعد الوفاة في دعوى البنوة أو الأبوة أو الأمومة، وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق مالي(كالإرث أو النفقة أو الدين...)، و هي الحقوق التي تكون موضوع الخصومة الحقيقي، و في معرض إثبات الحق المالي المدعى به يصادر إلى إثبات النسب، و ذلك لأن الدعوى على الميت هي دعوى على الغائب، فلا تسمع قانونا(**1**)

3-إثبات النسب بالطرق العلمية:تنص المادة 40 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية المضافة بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 بأنه: «...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب»(**2**). و هي إضافة مهمة في مكانها الصحيح من طرف المشرع الجزائري، حيث بالطرق العلمية الحديثة في سبيل الوصول إلى الحقيقة، و هي الوسائل العلمية التي تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد و أبيه. غير أنه منعا من التلاعب في قضايا إثبات النسب، جعل المشرع الأمر جوزيا و ليس مطلقا لمجرد ثبوت هذه العلاقة--------

---------- 1-العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص658. 2- الأمر رقم 05-02، مرجع سابق، ص21.

بالفحص الطبي، فقد ربط ذلك بوجود الفراش الذي يبقى كأقوى دليل في إثبات النسب (المادة1/40 من ق.أ.ج)(1).و بالرغم من ذلك فإن المشرع لم يحدد المقصود بهذه الطريقة العلمية من خلال الفقرة الثانية من المادة 40-السابق ذكرها-، فلم يحصرها في طريقة علمية معينة، تاركا ذلك لنوع الاكتشافات العلمية في هذا المجال الممكن حصولها مستقبلا، و هو ما يؤكد مرونة هذا النص الجديد و صلاحيته للتطبيق حاليا و مستقبلا(2). و قد كان الاقتراح بتحديد الطرق العلمية القاطعة تمييزا لها عن الطرق العلمية الظنية كفحص فصيلة الدم، فهي لا ترقى بالشك إلى اليقين، و المقصود تحديدا بالطرق العلمية القاطعة هي فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية، مع أن النص جوازي في توجيه القاضي لإثبات النسب بهذه الطرق العلمية(3).**<u>المطلب الثاني: طرق نفي النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري</u>**من أجل محاسن شريعة الإسلام المباركة، رعايتها للأنساب، و عنايتها بالحفاظ عليها و من مظاهر ذلك تشوفها إلى ثبوت النسب و دوامه، و تسهيلها في إثباته بأدنى الأسباب و أيسرها، و تشديدها في نفيه و إبطاله متى ثبت بأحد الطرق المشروعة(4)

قال ابن القيم:«إن الشارع متشوف إلى ثبوت النسب مهما أمكن، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته»(5)

---------- 1- العربي بلحاج، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص659. 2- أحمد دغيش، مرجع سابق، ص164.

3- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية و نقدية مقارنة)، (د. ط)،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010،ص192.

4- عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص33.

5- ابن قيم الجوزية(ت751هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد،مكة المكرمة،ص602.

لذلك سنت الشريعة الإسلامية والقانون طريقا أساسية لنفي النسب الثابت، و هو اللعان كما أن هناك حالات استثنائية ينتفي فيها النسب من دون لعان، و هذا ما سأبينه فيما يلي:

الفرع الأول: اللعان كطريق شرعي و قانوني لنفي النسبأتطرق في هذا الفرع إلى تعريف اللعان، و مشروعيته، و أسبابه، و شروطه، و مندوباته، و كيفية إجرائه، و آثاره، إضافة إلى موقف القضاء الجزائري من أحكام اللعان

أولا- تعريف اللعان:

1- اللعان لغة: مشتق من اللعن، و اللعن هو الإبعاد و الطرد من الخير، و قيل: الطرد و الإبعاد من الله، و من الخلق السب و الدعاء(1). و لاعن الرجل زوجته: قذفها بالفجور(2)

و سمي ما يحصل بين الزوجين من لعان بذلك لوجود اللعن في الخامسة، تسمية للكل باسم الجزء، و قيل: لأن الزوجين لا يخلو أن يكون أحدهما كاذبا فتحق عليه اللعنة و هي الطرد(3)

2- اللعان اصطلاحا: اختلف الفقهاء في تعريف اللعان، بناء على اختلافهم في كون اللعان أيمانا أم شهادات:

أ- فعند الحنفية و الحنابلة: اللعان هو شهادات تجري بين الزوجين مؤكدات بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج و بالغضب من جانب الزوجة، قائمة مقام حد القذف في حقه، و مقام حد الزنا في حقها(4).

1- ابن منظور، مرجع سابق، ج12، باب اللام، ص292.

2- أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير، (د. ط)، مكتبة لبنان، بيروت، 1987،ص212

3- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام(بحث تحليلي و دراسة مقارنة)، ط2، دار التأليف، القاهرة، 1961، ص278. 4- الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص25.

ب-و عرفه المالكية بأنه:حلف الزوج على زنى زوجته أو نفي حملها اللازم له، و حلفها على تكذيبه إن وجب نكولها حدها بحكم قاض(1).

ج-و عند الشافعية: اللعان هو كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه و ألحق العار به أو إلى نفي ولد(2).

و نلاحظ أن ما ذهب إليه الحنفية و الحنابلة هو مضمون ما قاله كثير من أهل العلم، و لعله من أنسب التعريفات و أوضحها في الدلالة على المقصود الشرعي للعان(3).**ثانيا- دليل مشروعية اللعان:**

دل على مشروعية الكتاب، و السنة، و الإجماع

1- الدليل من الكتاب: و ذلك في قول الله عزوجل: {الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ* وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ*وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ*وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ*وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ} [سورة النور، الآيات: 6 - 10]. 2- الدليل من السنة: فللأحاديث الكثيرة الثابتة عنه صلى الله عليه و سلم في ذلك، و منها ما ثبت في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنه:«أن النبي عليه الصلاة و السلام لاعن بيم رجل و امرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما و ألحق الولد بالمرأة»(4).

1- محمد بن عبد الله الخرشي أبو عبد الله، ج4،ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1317هـ،ص124.

2- الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص52.

3- بندر بن فهد السويلم، مرجع سابق، ص133.

4- أخرجه الشيخان: البخاري(بلفظه)، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب يلاحق الولد بالملاعنة، حديث.

3- الدليل من الإجماع:أجمعت الأمة على مشروعية اللعان، و أنه من حق الزوج إذا شك في زوجته أو في حملها، و بلغ شكه مرتبة اليقين أو الظن الغالب، ملاعنتها، قال ابن رشد: «فاللعان حكم ثابت بالسنة و القياس و الإجماع، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه»(1).و اللعان لا يشرع إلا حين يعلم الزوج بزنا زوجته إما برؤية، أو إخبار ثقة، أو مشاهدة رجل فاجر يدخل عليها، أو يخرج منها، او باستفاضة زناها عند الناس، و نحو ذلك، فإذا ما حصل شيء من ذلك و لم يكن ثمة ولد يحتاج الزوج إلى نفيه، فالأولى به في هذه الحالة أن يكتفي بطلاقها لتحريم بقائها معه، مع حفظ لسانه عن رميها بالفاحشة سترا عليها و صيانة لحرمة فراشه، فإذا كان هناك ولد يحتاج إلى نفيه سواء حملا، أو مولودا، فإنه لا ينتفي منه لولادته على فراشه إلا بأن يلاعن زوجته(2).

ثالثا- حكمة مشروعية اللعان: يقول أهل العلم، إن الأصل أن من قذف محصنا بالزنا صريحا فعليه إقامة البينة و هي أربعة شهود، و إن لم يأت بالشهود فعليه حد القذف ثمانين جلدة. و استثنى الله من هذا العموم إذا قذف الرجل زوجته بالزنا، فعليه إقامة البينة أربعة شهود على دعواه، فإن لم يكن لديه الشهود الأربعة فيدرا عنه حد القذف بأن يلاعن زوجته. و لأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفي العار و النسب الفاسد و يتعذر عليه إقامة البينة، فجعل اللعان بينة له و مخرجا يدرأ به الزوج الحد عن ظهره، ثم يبين البارئ عزوجل أن هذا التشريع الذي شرعه لعباده و هو اللعان بين الزوجين، إنما هو من رحمته و لطفه بالمذنبين من عباده، و لولا ذلك لهتك الستر عنهم و فضحهم و عجل لهم العقوبة في الدنيا. ---

---------- 1-ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص115./ 2- عمر بن محمد السبيل، مرجع سابق، ص-ص:34-35.

رابعا- أسباب اللعان: للعان سببان رئيسيان يمكن إدراكهما من خلال النظر في تعريفات الفقهاء، و هما على النحو الآتي: 1-

قذف الجل زوجته قذفا يوجب حد الزنا لو قذف أجنبية.

2- نفي الحمل أو الولد، و لو من وطء شبهة أو نكاح فاسد(1).و حق اللعان ليس لأحد غير الزوج، لما له من حق الدخول على زوجته في كل حال و لقربه من تصرفاتها و انطباعاتها، و لا يجوز له الملاعنة بمجرد الشك ما لم يبلغ غالب ظنه و لا يثبت هذا الحق للزوجة (بدعوى تساوي الحقوق بين الزوجين)، و تدعي أن من حقها اتهام زوجها عن طريق اللعان، لأن الفرق واضح بين الزنى الزوج بأجنبية و زنى الزوجة بأجنبي أما زنى الزوج فلا يستتبعه تحميل زوجته نسبا من غيرها، لأن الأمومة بالولادة بخلاف زنى الزوجة من أجنبي فإنه يستتبع إلحاق من يأتي منه بالزوج غالبا. كما أن زنى الزوج بالأجنبية ليس فيه غبن الزوجة، لأنها لم تدفع المهر و لم تتحمل مسؤولية الإنفاق على الزوج و كسوته، بخلاف زنى الزوجة فإن فيه غبنا بالزوج الذي دفع المهر و هو مسؤول عن النفقة و الكسوة و السكنى. و هذا التفريق بين زنى الزوج و بين زنى الزوجة إنما هو بالنظرإلى حقوق العباد و هي الحقوق التي تبنى عليها التشريعات بين الناس في الدنيا. و حيث أن تلك الحقوق الآدميةقد فرقت بين زنى الزوج و زنى الزوجة فقد كان الحق في اللعان للزوج دون الزوجة. و مراعاة لحق الدفاع عن النفس أجاز الإسلام للزوجة أن تدفع تهمة زوجها باللعان أيضا و في هذا من العدالة ما لم يوجد مثلها(2).----------

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص557.

2-سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية ،ص348-349

خامسا- شروط اللعان: ذكر الفقهاء شروطا كثيرة للعان، و أهم هذه الشروط(1).

1- أن يكون الزوجان مكلفين.

2- أن يكون الزوج مختارا للعان غير مكره عليه.

3- قيام الحالة الزوجية حقيقة أو حكما.

4- أن يقذف الزوج زوجته بالزنا فتكذبه.

5- تعيين الولد الذي ينفيه.

6- أن لا يسبق نفيه باللعان إقراره به صراحة أو ضمنا.

7- أن يكون اللعان بأمر من القاضي أو نائبه.

8- الفورية، أي أن يكون النفي عند الولادة، على اختلاف بينهم في المدة التي يجب عليه أن ينفيه فيها، فمنهم من قال: يجب ذلك على الفور، و منهم من قال إلى ثلاثة أيام، و منهم من قال: إلى سبعة، و منهم من أوصلها إلى أربعين يوما، و منهم من لم يجعل لذلك وقتا معين بل ترك ذلك إلى العرف و العادة.فهذه جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء لصحة اللعان و لهم في ذلك تفاصيل واسعة، ليس هذا محل بيانها.**سادسا- كيفية اللعان:**إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي النسب ولدها إليه و لم تكن له بينة على دعواه و لم تصدقه الزوجة و طلبت إقامة حد القذف عليه، أمره القاضي بملاعنتها، و ذلك بأن يقول أمام القاضي: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه(و يشير إليها إن كانت حاضرة) من الزنا أو نفي الولد (على حسب ما رماها به) و يكرر هذا أربع مرات ثم يقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيه رماها به من الزنا أو نفي الولد، فإذا انتهى الزوج من ذلك أمر القاضي الزوج بملاعنته، بأن تقول: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما

1- زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط1، دار الكتب العلمية.

رماني به من الزنا أو نفي الولد، و تكرر هذا أربع مرات، ثم تقول في الخامسة:غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد(1). و إنما وجب البدء بالرجل في اللعان، لأنه المدعي، وفي الدعاوى يبدأ بالمدعي، إنما كانت الشهادات أربعا و لم تكن اثنتين، لأن جريمة الزنا لا تثبت إلا بشهادة أربع من الرجال أو بالإقرار أربع مرات، و لما كانت الشهادة متعسرة في إثبات ما يتهم به الزوج زوجته اكتفى الشارع منه بشهادته تلك الشهادات الأربع و جعلها قائمة مقام الشهود الأربعة، إذا أتى بها لا يحد حد القذف، و على الزوجة إذا كانت تنكر ما اتهمها به أن تشهد أربع شهادات تعارض بها شهادات الزوج، فإذا أتت بها سقطت عنها عقوبة ما اتهمها الزوج بها و هو الزنا.

و إنما خصت الزوجة بالدعاء على نفسها بغضب الله دون لعنته تغليظا عليها و جزرا لها، لأن الجريمة المتهمة بها، و هي الزنا أفظع من جريمة الرجل، و هي القذف، ذلك لأن الغضب أشد من اللعنة، فالغضب هو السخط و إنزال المقت و العذاب المغضوب عليه، أما اللعن فهو الطرد و الإبعاد من الرحمة، و لا يلزم من البعد عن الرحمة الانتقام بالعذاب(2)

سابعا- مندوبات إجراء اللعان و دور القاضي فيه:

يسن للقاضي عند إجراء اللعان ما يأتي: (3)1- أن يوعظ المتلاعنين قبل اللعان، و يخوفهما بعذاب الله في الآخرة. 2- لا يحكم القاضي في اللعان حتي يثبت عنده نكاح الزوجين. 3- أن يتلاعن الزوجان قائمين، ليراهما الناس، و يشتهر أمرهما، ----------

---------- 1- محمد متولي الصباغ، الإيضاح في أحام النكاح،(د ط)، مكتبة مدبولي، الإسكندرية،1990، ص367. 2- المرجع نفسه، ص368.

3- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص-ص: 573-575.

فيقوم الرجل عند لعانه و المرأة جالسة، ثم تقوم عند لعانها، و يقعد الرجل، و يتكلم المتلاعنان بألفاظ اللعان، و هي أربع شهادات.

4- أن يحضر جماعة من المسلمين اللعان، و أقلها أربعة عدول.

5- أن يغلظ اللعان في الزمان و المكان، بأن يكون بعد صلاة لما فيه من الردع و الرهبة أو بعد صلاة العصر، لأنها الصلاة الوسطى على الراجح. أو بعد صلاة عصر الجمعة، لأن ساعة الإجابة فيه، و بأن يكون لعان المسلم في المسجد. لأنه أشرف الأماكن، و يلاعن غير المسلمين في معابدهم، لأنهم يعظمونها.

ثامنا- آثار اللعان:

يمكن أن أحصر الآثار التي تترتب على اللعان في ثلاثة آثار هامة و هي كالآتي:

1- سقوط الحد عن الزوجين: إذا أجري اللعان بين الزوجين سقط حد القذف عن الزوج و سقط حد الزنا عن الزوجة، و ذلك لان الشارع خفف عن الزوجين فشرع لهما اللعان لإسقاط الحد عنهما، بصريح نص القرآن على ذلك في آيات القذف و اللعان السابق ذكرها

2- وقوع الفرقة بين الزوجين: اتفق الفقهاء على أن الفرقة بين الزوجين تحصل بالملاعنة و لكنهم اختلفوا في وقت وقوع الفرقة وصفتها على النحو الآتي:

أ- وقت وقوع الفرقة: ذهب الحنابلة و الحنفية في رواية إلى أن الفرقة لا تقع حتى يفرق القاضي بينهما(**1**). لقول ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم: " لاعن بين رجل و امرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما و ألحق الولد بالمرأة "(**2**)، و هذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله. قلو مات أحد قبل التفريق ورثه الآخر، و لو طلقها الزوج وقع طلاقه

1- الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص50/ ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق، ج2، ص1914.

2- سبق تخريجه، انظر ص65.

و ذهب المالكية و الحنابلة في المذهب إلى أن الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد اللعان من غير توقف على حكم القاضي، لأن سبب الفرقة هو اللعان قد وجد، فتقع الفرقة بحصوله من غير حاجة إلى القضاء(1). و لقو عمر رضي الله عنه:

"المتلاعنان يفرق بينهما، ولا يجتمعان أبدا"(2)

و قال الشافعي: تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده، و إن لم تلاعن المرأة، لأنها فرقة حاصلة بالقول، فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق(3).

ب- صفة الفرقة باللعان:

ذهب أبو حنيفة و محمد بن الحسن إلى أن الفرقة باللعان طلاق بائن، لأنها تتوقف على القضاء و كل فرقة يقوم بها القاضي تعتبر طلاقا بائنا، و لا يمكن للزوج أن يتزوجها بعد ذلك إلا أن يكذب نفسه أو أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة(4). و ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف من الحنفية إلى أن الفرقة باللعان فسخ(5). و هي توجب التحريم المؤبد كحرمة الرضاع، فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزواج بعد اللعان أبدا، و لو أكذب الزوج نفسه او خرج عن أهلية الشهادة أو صدقته المرأة في قذفه، و ذلك لقول النبي عليه الصلاة و السلام

"المتلاعنان لا يجتمعان أبدا"(6)

1- ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص121./ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق، ج2، ص1914.

2- أخرجه: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي(ت458هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج7،(د. ط)، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994، كتاب اللعن، باب ما يكون التعان الزوج من الفرقة و نفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، حديث رقم 15136، ص410.

3- الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص71.

4- الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص53.

5- المرجع السابق نفسه.

6- أخرجه: سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني أبو داود(ت275هـ)، سنن أبي داود، ج3، طبعة خاصة.

3- نفي نسب الولد عن أبيه و إلحاقه بأمه:إذا كان اللعان لنفي النسب فإنأخطر ما يترتب عليه هو نفي نسب الولد من الملاعن، و إلحاقه بأمه فترثه و يرثها، و يسجل في الحالة المدنية باسمها(1).

و إذا انتفى نسب الولد من الملاعن فلا يكون أجنبيا منه في كل الأحكام بل في بعضها فقط، فيكون أجنبيا عنه في التوارث و النفقة، فلا توارث بينهما إذا مات أحدهما كما لا يرث الولد قرابة أبيه و إنما ترثه أمه و أقرباؤها، و لا تجب لأحدهما نفقة على الآخر، لأن كل منهما لا يثبت إلا بسبب متيقن. و تبقى أحكام البنوة في الأحكام الأخرى التي يراعى فيها الاحتياط لاحتمال أنه ابنه حقيقة(2).

فلا يكون اجنبيا عنه في الأحكام الآتية(3):

أ- الشهادة: فكما لا تقبل شهادة الأصل لفرعه و عكسه كذلك لا تقبل شهادة الملاعن و أصوله لمن نفى نسبه باللعان، و لا شهادة من نفي نسبه و فروعه لمن نفاه و لا لأصوله.

ب- القصاص: فلو قتل الملاعن من نفاه باللعان لا يقتل فيه كما لو قتل الأب ولده

ج- الالتحاق بالغير: فلو ادعاه غير الملاعن فلا يصح ادعاؤه و لا يثبت نسبه منه لاحتمال أن يكذب الرجل نفسه فيعود نسبه له، و لهذا قال بعض المحققين: إن ادعاه آخر بعد موت الملاعن صح و ثبت نسبه منه، لأن الولد غير معلوم النسب و لا أمل في اعتراف الملاعن، بنسبه لأنه قد مات.

د- المحرمية: فلو أراد الملاعن أن يزوج ابنته لمن نفى نسبه أو لابنه فلا يجوز، لأنه يحتمل أن يكون ابنه خصوصا و أن الفراش الذي يثبت النسب به كان موجودا

---------- 1-مخطارية طفياني،مرجع سابق، ص34.

2- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص625.

3- محمد متولي الصباغ، مرجع سابق، ص48.

أما عن آثار اللعان فقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص إلى أنه:

" من المقرر شرعا و قانونا، أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد و يقع التحريم بين الزوجين. و من المقرر كذلك، أن أقل مدة للحمل ستة أشهر و أقصاها عشر أشهر. و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. و لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الولد ازدادقبل ستةأشهر من بعد الزواج، و أن اللعان الذي وقع من الزوج كان مطابقا للشريعة الإسلامية، فإن قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن "(1).

و على ضوء قرارات المحكمة العليا، يمكن تقرير ما يلي(2):

1- دعوى اللعان لا تسمع إلا وفق الشروط المنصوص عليها في الفقه المالكي، و منها بالخصوص: دعوى نفي النسب، حيث لا يتجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

2- للزوج وحده حق طلب الملاعنة، فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة، و لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

3- عندما تتحقق شروط قبول الدعوى، و اقتناع القاضي بذلك، يحيل الزوجين – بموجب حكم –إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا، أو أي مسجد في المدن الكبيرة، و ليكن المسجد العتيق كما يذكر قرارات المحكمة العليا، و هذا تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء غير الحنفية.

4- لا تجرى أيمان اللعان إلا بتكليف محضر قضائي بحضور و معاينة الواقعة، و تبليغ الزوجين بصيغة الأيمان و تحرير محضر بذلك يقدمه للقاضي ليبني عليه-

---

1- م.ع.ج، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 69789، م.ق، 1994، ع3، ص54.

2- عز الدين كيحل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي و مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة الفكر.

الأحكام المترتبة عليه.

5- يصدر القاضي في أجل لاحق أحكامه المترتبة على اللعان، و التي منها التفريق بين الزوجين و نفي نسب الحمل أو الولد.

الفرع الثاني: طرق نفي النسب بغير لعان. عد العلماء اللعان هو الطريق الأساسي لنفي النسب، و لكن تعرضوا في كتبهم لطرق أخرى من نفي النسب، فصرحوا بأنها تنفي الولد بغير لعان، أو لم يذكروا اللعان صراحة أثناء ذكرهم لنفي الولد. و معظم هذه الطرق هي من القرائن في نفي النسب تتقاطع مع البصمة الوراثية في كونها قرينة في ذلك أيضا(1). و يمكن بسط طرق نفي النسب بغير لعان، كما يلي:

أولا- نفي النسب لعدم القدرة على الإنجاب: إذا تبين للزوج عدم إمكان الإنجاب بأن ثبت عقمه، أو كان مصابا بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه، أو صار شيخا كبيرا لا يقوى على الإنجاب، جاز له نفي النسب. فإذا وضعت الزوجة مولودا كان للزوج نفي النسب للأسباب السابقة، لكن يستحسن ألا ينفي النسب إلا بتقرير خبرة احتياطا فربما قضى الله أمرا كان مفعولا(2). و للفقهاء تفصيلات في ذلك يمكن أن أتناولها من خلال: 1-نسب الصغير الذي لا يولد لمثله: اتفق الفقهاء على نفي نسب الصغير الذي لا يولد لمثله، فقد جاء في تبيين الحقائق: " فوجب ألا يثبت نسبه منه كما لا يثبت من الصبي لعدم الماء حقيقة"(3) و جاء في التاج و الإكليل: " قال مالك: و إذا كان الصبي لا يولد لمثله، ---------

---

1-تمام محمداللودعمي، مرجع سابق، ص123.

2- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص238.

3-عثمان بن علي بن محجن الزيلعي فخر الدين(ت743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ، ص38.

و هو يقوى على الجماع، فظهر بامرأته حمل لم يلحق به، و تحد المرأة "(1).

و قال صاحب المهذب: " إذا كان الزواج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه لأنه لا يمكن أن يكون و يجوز أن لا يكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين، و ها هنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج في نفيه إلى اللعان "(2). و ذكر في المغني: " و إن كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين، فأتت امرأته بولد، لم يلحقه لأنه لم يوجد ولد لمثله، و لا يمكنه الوطء"(3). و هناك بعض الاختلاف في سن الصبي الذي لا يولد لمثله، و مبنى الخلاف على السن الذي يكون للولد فيه ماء يحدث به الحمل، و معلوم أن هذا الأمر يختلف من شخص لآخر، و من مكان لآخر فأهل الأماكن الحارة يختلفون عن أهل الأماكن الباردة، و تبعا لذلك كان الاختلاف في تقدير العلماء للسن مع اتفاقهم على المبدأ القاضي بعدم نسبة الولد للصبي إن لم يكن قادرا على الإنجاب(4).

2- نسب الخصي(5)و المجبوب(6) و من في حكمهما كالعنين(7):

ذهب الحنفيةإلى أن الخصي ينسب ولده له، لأنه كالصحيح في لحوق الولد به لبقاء الآلة. أما المجبوب: فإن كان ينزل ثبت نسب ولده منه و إلا فلا.----------

---------- 1-المواق، مرجع سابق، ج5، ص472./ 2- الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص78.

3- ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق، ج2، ص1922.

4- مازنإسماعيل هنية و أحمد ذياب شويدح، نفي النسب في الفقه الإسلامي و دور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد16، ع2، 2008، ص11./ 5- الخصي: من كانت له آلة قائمة و نزعت خصياه، (عبد رب النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، دستورالعلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، تحقيق: حسن هاني فحص، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، حرف الخاء، باب الخاء مع الصاد المهملة، ص58).

6- المجبوب: من جب الشيء يجبه جبا، قطعه. و هو مقطوع الذكر، و قيل مع الخصيتين(محمد رواس قلعجي و حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس، بيروت، 19888، حرف الميم، ص405)

7-العنين: من لا يقدر على الجماع لآفة أصلية أو لمرض أو ضعف أو كبر سن أو سحر فلا يصل إلى النساء أصلا أو يصل إلى الثيب دون الأبكار، الأحمد نكري، مرجع سابق، ج2، باب العين، ص271-272.

و لا يثبت النسب في رأي المالكية من المجبوب الممسوح: و هو الذي قطع عضوه التناسلي و أنثياه(1)، أما الخصي و هو من قطعت أنثياه فقط فيرجع في شأنه لأهل المعرفة فما كان يولد لمثله لزمه الولد و إلا لم يلزمه(2).جاء في الشرح الكبير ما نصه: " أو تأتي به و هو – أي الزوج – صبي حين الحمل أو مجبوب فينتفي عنه الولد بغير لعان لاستحالة حملهامنه حينئذ(3).و يثبت النسب في رأي الشافعية من المجبوب الذي بقي أنثياه فقط و من الخصي الذي سلت خصيتاه و بقي ذكره، و لا يثبت من المسموح المقطوع جميع ذكره و أنثيه(4). جاء في المهذب: " قال أبو إسحاق: إن كان مقطوع الذكر و الأنثيين انتفى من غير لعان لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما، و إن قطع أحدهما لحقه و لا ينتفي إلا بلعان لأنه إذا بقي الذكر أولج و أنزل، و إن بقي الأنثيان ساحق و أنزل"(5) ، أما عند الحنابلة فمقطوع الذكر و الأنثيينلا يلحق به الولد، لأنه يستحيل منه الإيلاج و الإنزال، و كذلك من قطعت أنثياه دون ذكره (الخصي)، لأنه لا ينزل ماء يخلق منه الولد، أما من قطع ذكره وحده (المجبوب) فقد قيل يلحقه الولد، لأنه يمكن أن يساحق فينزل ما يخلق منه الولد(6)و قد جاء في المغني: " و كذلك إذا طلق الخصي المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه(7) أما العنين فيثبت نسبه غالبا(8).----------

---

1- المواق، مرجع سابق، ج5، ص472./2-مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي(ت179ه)، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994،ص:25-26. 3- ابن عرفة، مرجع سابق، ج3، ص398./ 4- الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص72. 5- الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص79. / 6- ابن قدامة شمس الدين، مرجع سابق، ج9، ص65.

7- ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق،ج2، ص1945.

8- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين(ت1252ه)، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد المجود و علي محمد معوض، ج5، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص168. – البهوتي، مرجع سابق، ج8، ص2759.

و يلاحظمن خلال هذه الآراء أن العلماء قد اتفقوا على أنه متى تعذر وصول ماء الرجل إلى المرأة لم يثبت النسب، و الذي أكد ذلك تبريراتهم، فمحور تبريراتهم قائم على إمكان وصول ماء الرجل إلى المرأة على جهة يحدث معها الحمل أو لا، فمن تصور إمكان دخول الماء دون إيلاج في صورة من الصور أثبت النسب فيها، و من لم يتصور ذلك في صورة من الصور، لم يثبته، و هذا يؤكد أنه إذا حدث اليقين بعدمإمكان وصولالماء، لم يثبت النسب.

و في ظل الحقائق الطبية المعاصرة يمكن الجزم بالحالات التي يكون الرجل فيها عاجزا عن الإنجاب يقينا، و حينئذ فإن الصور التي يثبت اليقين بعدم الإنجاب فيها لا ينسب للرجل ولد(**1**). – موقف الطب من نسب الخصي و المجبوب:

قال الأطباء إن الخصية هي الغدة التناسلية للذكر و هي المسؤولة عن صنع النطف(الحيوانات المنوية)، كما أنها مسؤولة عن إفراز هرمونات الذكورة التي تميز الرجل عن المرأة، و توجد خصيتان محطتان بكيس أو جراب هو كيس الصفن خارج الجسم. و الحكمة في وجود الخصية خارج الجسم هي أن حرارة الجسم عالية (37 درجة مئوية) لا تسمحبتوالد النطف، بينما وجود الخصية خارج الجسم في درجة حرارة أقل (35 درجة مئوية) تساعد على توالد النطف.

و تتكون الخصية من مجموعة من الفصوص و في كل فص ثلاث قنوات(أنابيب) منوية صغيرة، متعرجة و ملتفة حول نفسها و في هذه القنيات(تصغير قنوات) تتولد النطف و من خلاياها يفرز هرمون الذكورة. و تتجمع هذه القنيات و تصب جميعها كالروافد للنهر في البربخ، و من البربخ تنتقل إلى الحبل المنوي و منه إلى القناة القاذفة بعد أن يصب فيها إفراز الحويصلة المنوية(لتغذية الحيوانات المنوية)

----------1–مازن إسماعيل هنية و أحمد ذياب شويدح، مرجع سابق، ص12.

و البروستاتا(لتنشيط الحيوانات المنوية) و ينطلق المني بعد ذلك إلىالإحليل(القضيب)(**1**). والإحليلهو الجزء التناسلي البارز في الذكر و هو عضو

انتصابي نتيجة انصباب الدماء فيه، و بواسطته تنتقل الحيوانات المنوية من الرجل إلى مهبل المرأة و تصب عادة بالقرب من عنق الرحم، و من ثم تصعد الحيوانات المنوية حثيثا إلى الرحم و منه إلى قناة الرحم بحثا عن البويضة ليتم تلقيحها بأحد الحيوانات المنوية الذي تختاره يد القدرة الإلهية(2). و إذا حدث و أن توقف نزول خصية أو أكثر من موقعها داخل الجسم إلى كيس الصفن فإن ذلك يؤدي إلى عدم نمو الحيوانات المنوية و انخفاض هرمون الذكورة. كما أنه إذا حدثت صدمة شديدة في الخصيتين أو انسداد أو إصابة المجاري التناسلية فإن ذلك يكون سببا من الأسباب المؤدية للعقم. و من هنا نرى أن الخصيتين هما مصنع الحيوانات المنوية، أما القضيب فهو الآلة التي تقوم بنقل الحيوانات المنويةإلى داخل المهبل لتصل إلى الرحم. و بهذا يتبين لنا أن الخصي و هو منزوع الخصيتين لا يكون منه حمل، لفقدان مصنع الحيوانات المنوية القادرة على التلقيح، و إذا كان الأطباء أخبروا بأن انسداد الخصيتين أو اصابتهما بصدمة شديدة من الأسباب المؤدية إلى العقم عن الرجال فمن باب أولى منزوع الخصيتين. أما منزوع الذكر باقي الخصيتين(المجبوب) فإنه قد يحدث منه الحمل، فإذا انعدمت الآلة فلا مانع من حدوث الحمل لبقاء المني القدر على التلقيح و قدرة الرجل على الإنزال أما استدخالهفي المهبل فقد يكون بشكل أو بآخر، و على ذلك فمنزوع ---

---

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، ط4، الدار السعودية، جدة، 1983، ص27-28.2- المرجع نفسه، ص31.

الذكر و الخصيتين (الممسوح) لا يكون منه الولد لفقدان مصنع المني و الآلة الناقلةله(1).

3-نسب العقيم: إذا اكتشف الزوج بعد مدة على زواجه، و بعد أن أنجبت الزوجة أكثر من مولود بأنه غير مؤهل للإنجاب بيقين علمي غير قابل للشك، فما مصير نسب الأولاد و هل ينفى النسب بأثر رجعي أم لايبدو بأن الإجابة بنعم أو لا من الصعوبة بمكان. إلا أن نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري سالف الذكر أشار إلى إمكانية النفي بالطرق المشروعة، و هو مصطلح واسع و بالتالي يمكن إدخال الحالة السابقة ضمنه، لأن التأكد من عدم الإنجاب مسألة في استطاعة الطب الحديث أن يثبتها، و هي وسيلة مشروعة صالحة لنفي النسب(2). **ثانيا: نفي النسب لاختلال مدة الحمل:** و

هذا طريق آخر لنفي النسب و إبطالهن و هو راجع إلى عدم انضباطمدة الحمل طبقا لما قرره الفقهاء أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و إن اختلفوا في أكثرها – كما ذكرت سابقا – فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين النكاح فهو منفي عن الزوج قطعا دون لعان(3)

جاء في الشرح الكبير: " إلا أن تأتي به أي بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم العقد بشيء له بال كستة أيام فينتفى حينئذ بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيه

"(4)---------- 1-أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، مرجع سابق، ص103-104.2-الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص238.

3- فؤاد مرشد داوود بدير، أحكام النسب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، قسم الفقه و الشريعة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2001، غير منشورة، ص160.

4- ابن عرفة، مرجع سابق، ج3، ص397-398.

و جاء في المهذب: " و إن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان لأن نعلم أنها علقت به قبل حدوثالفراش"(1).و ذكر صاحب الكافيفي فقه الإمام أحمد بن حنبل: " و إن ولدت زوجته لدون ستة أشهر من حين تزوجها لم يلحقه ولدها، لأننا نعلم أنها علقت به قبل النكاح"(2)و إن أتت المبتوتة(3)أو المتوفي عنها زوجها بعد أكثر مدة الحمل ينفي الولد عند جمهور الفقهاء –كما ذكرنا آنفا–. ورد في حاشية الدسوقي قوله: " فإذا طلقها و مضى بعد الطلاق أقصى أمد الحمل و أتت بولد فإنه لا يلاعن لنفيه لانتفائه عنه بغير لعان"(4).و جاء في المهذب: " فإن وضعته لأكثر من أربع سنين نظرت، فإن كان الطلاق بائنا انتفى عنه بغير لعان لأن العلوق حادث بعد زوال الفراش"(5).و ذكر في الكافي قوله: " و إذا أتت بولد بعد فراقها لزوجها، بموت أو طلاق بائن بأربع سنين، لم يلحق به، و انتفى عنه بغير لعان لأنها علقت به بعد زوال الفراش"(6)

أما في قانون الأسرة الجزائري فكما سبق و أن أشرت بأن نص المادة 42 حدد أقل مدة الحمل عشرة أشهر، فإذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي و الدخول – لأن العبرة بالدخول كما قلت –فلا يثبت نسب المولود منه.

1– الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص79.

2– ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج3، ص189.

3– المبتوتة: من بت الطلاق إذا ذا قطعه، و هي المطلقة طلاقا بائنا(محمد رواس قلعجي و حامد صادق قنيبي، مرجع سابق، حرف الميم، ص400). / 4– ابن عرفة، مرجع سابق، ج3، ص400.

5– الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص79.

6– ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج3 ، ص189.

و كذلك الأمر لا يثبت النسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.و لم يبين النص القانوني المقصود بالانفصال هل هو الانفصال الجسماني أي تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أو الخصام. فكثيرا ما تذهب المرأة إلى بيت أهلها لمدة طويلة ولا تعود إلى الزوج، و قد يكون عدم الرجوع هو الذي أدى إلى الطلاق، فهنا نعتقد بأن حساب المدة يكون من تاريخ الخروج من بيت الزوجية(1). و قد يكون الانفصال هو تلفظ الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة لمدة معينة. و كثيرا ما تذهب الزوجةإلى بيت أهلها فتكون بعيدة عن الزوج، و لما كان الطلاق لا يثبت إلا بالحكم، فقد تكون المدة الفاصلة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و تاريخ الحكم بالطلاق طويلة، ثم بعد ذلك وضعت الزوجة المطلقة الحمل بعد تسعة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق. فهنا يثبت النسب بحسب النص، و لا يمكن التسليم بهذا لأن الطلاق بينهما قد حدث بالإرادة المنفردة للزوج قبل ذلك بمدة تجاوزت الحد الأقصى للحمل. و سبب هذا الخلل هو عد اعتماد القاضي طلاق الزوج بالإرادة المنفردة(2)

ثالثا- نفي النسب لإثبات عدم التلاقي بين الزوجين:

و تنجر عن هذه الطريقة حالتان هما:

1- عدم التلاقي بين الزوجين من وقت العقد:فكما ذكرت سابقا فقط اشترط جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية لإثبات النسب من الزوج إمكان تلاقي الزوجين بالفعل أو الحس و العادة، و إمكان الوطء و الدخول،----------

---

1- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص240.

2- المرجع نفسه، ص240-241.

بل ذهب ابن تيمية و ابن القيم إلى اشتراط تحققالدخول كي يثبت النسب، فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلا لم يثبت نسب الولد من الزوج، و ينتفي عنه في هذه الحالة بدون لعان(1) فقد

جاء في شرح المختصر: " و كذلك ينتفي عنه بغير لعان إذا عقد مشرقي على مغربية و تولى العقد بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان، لأنه لا يمكن أن يكون منه"(3)

و ذكر صاحب المغني قوله: " و لو تزوج رجل امرأة في مجلس، ثم طلقها فيه قبل غيبتهعنهم، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد،أو تزوج مشرقي بمغربية ثم مضت ستة أشهر، و أتت بولد، لم يلحقه و بذلك قال مالك

و الشافعي(4). 2- حمل الزوجة بعد ترك الوطء: و تتحقق هذه الحالة عند عدم التلاقي بين الزوجين بسبب فقدان الزوج أو غيابه مدة طويلة أو سجنه سنوات عديدة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل، و هي عشرة أشهر حسب نص المادتين 42 و 43 من قانون الأسرة الجزائري، أما فقها فقد سبق و أن أوضحت آراء الفقهاء في أقصى مدة الحمل و اختلافهم في ذلك.

فإذا ترك الزوج وطء زوجته ثم حملت، فإذا ولدته لدون أقصى مدة الحمل من تاريخ الترك لم يصح نفيه إلا بلعان، و إذا أتت به بعد مضي أقصى الحمل ينفي الولد عنه بدون لعان،و هذا عند المالكية و الشافعية، أما عند غيرهم فظاهر وجود الفراش لا ينفي النسب للحديث.----------1-فؤاد مرشد داوودبدير، مرجع سابق، ص163-164. 2- الخرشي، مرجع سابق، ج4، ص126. 3- الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص79.

4- ابن قدامة موفق الدين، المغني، مرجع سابق، ج2، ص1922.

ولايحقللزوجأنيدعيالعزلفينفيالولدبلالعان(1).جاء في حاشية الدسوقي:" فإذا ترك وطء زوجته و مضى أقصى أمد الحملمن يوم الوطء و أتت بولد فلا يلاعن لنفيه لانتفائه عنه بغير لعان"(2).و قد لخص صاحب روضة الطالبين جل الحالات التي ذكرناها سابقا، بقوله: "لا يلحق الولد بالزوجإذا لم يتحقق إمكان الوطء، فإذا نكح و طلقها في المجلس، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا يحتمل وصول أحدهما إلى الآخر، و أتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة، أو جرى العقد و الزوجان متباعدان، أحدهما بالمشرق،و الآخر بالمغرب و أتت بولد لستة اشهر من حين العقد، ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان"(3)

أما قانونا فإذا أثبت الزوج بأنه لم يلتق و لم يدخل بزوجته منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه. و كذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول. و يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 43 أقرت النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، و لم تتكلم عن الطلاق قبل الدخول. فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق، فالنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا كان الوضع خلال المدة المقررة قانونا. فإذا تبين بأن الزوج طلقها قبل الدخول، فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما.

و المفروض أن يذكر القاضي في حكمه بالطلاق بأنه حصل قبل الدخول، حتى يمنع على الزوجة الادعاء بالحمل بعد الطلاق(4).----------

- 1- تمام محمد اللودعمي، مرجع سابق، ص131.

2- ابن عرفة، مرجع سابق، ج3، ص400.

3-يحي بن شرف النووي، أبو زكريا محي الدين(ت676ه)، روضة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، ج8، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص330.

4- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص239.

المبحث الثاني: موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية في مسألة نفي النسب

القضاء الجزائري استقر على أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب، ولم يتم الاستعانة بأي طريق آخر، وذلك

كله واضح في قرارات المحكمة العليا التي أقرت بتطبيق اللعان ووفق ضوابطه الشرعية، وظهر ذلك في قرارات المحكمة العليا.

المطلب الأول: حويصلة تطبيقية لمجموعة من الأحكام القضائية في مسالة نفي النسب

من خلال اطلاعنا على قرارات المحكمة العليا، يلاحظ عدم تسامح القضاء مع مباشر دعوى اللعان إذا لم يقدم دليل وحجة ما يدعيه ضمن الآجال المحددة وذلك سدا للباب الهار بين من النفقات على أولادهم.

فالكثير ممن يرفع دعوى اللعان لنفي نسب الأولاد دون أية حجة ودليل، وذلك سوى من أجل الهروب والتنصل من المسؤولية الملقاة على عاتقه، ووضعت المحكمة العليا مدة ثمانية أيام فحسب من يوم علمه بالحمل وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1993/11/23 من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ففي قضية الحال تبين أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة إثبات الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41

من قانون الأسرة، وأخطئوا في تطبيق المادتين 41 و 42

من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

حيث أن مدة نفي النسب ثمانية أيام، و المطعون ضدها لم يبادر في رفع دعوى اللعان من يوم علمه به خلال ثمانية أيام، و تمسكه بالشهادة الطبية لا يعتبر دليلا، و الولد ولد بعد مرور ستة أشهر من البناء (مدة الحمل ستة أشهر بالإضافة إلى دعوى اللعان) وكما أن صحة الزواج و رفض النسب خطأ (الاعتماد على الشهادة الطبية و لم يحترموا مدة ستة أشهر).

غير أن المحكمة العليا لم تجعل من مدة ثمانية أيام كأجل لا بديل عنه، إذ جعلت كما نوه على ذلك قرار للمحكمة العليا جاء فيه له استثناءات مؤجلة بفعل ظروف خاصة، الصادر بتاريخ 1990/07/16 غير أن هذا لا يمنع من تأخيرها يلي:

من المقرر شرعا و فقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخير لظروف خاصة، و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بنفي اللعان دون مراعاة الظروف الخاصة للزوج خرجوا عن القواعد الشرعية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه (1). حيث أنه من المستقر عليه قضاء يجوز تأخير اللعان لظروف خاصة بالزوج عندما يعلم بالحمل أو الزنا و لا يمكنه مباشرة إجراءات اللعان، فيمكن أن يكون خارج مدة ثمانية أيام و كان على القضاة مراعاة ظروف الزوج (الزوج الغاضب)

و المدة التي يتأخر فيها غير مانعة على إقامة اللعان.

أما عن مكان إجراء اللعان، فإن المحكمة العليا نصت في قراراتها على أن اللعان لا يتم إلا في المسجد، إذ جاء في قرارها الصادر في 1997/10/28.

1- قرار المحكمة العليا رقم 76343 بتاريخ الطبعة الأولى، 2013، ص507.

و من المستقر عليه قضاء أن أقل مدة حمل هي ستة أشهر طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة، أما المادة 41

من قانون الأسرة على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه باللعان، حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه (1).

حيث انه تم نقض الحكم الذي فسخ عقد الزواج وإلحاق نسب الابن لامه، فلم يتم احترام شروط نفي النسب التي لا تكون إلا باللعان وأمام مسجد ولم تحترم شروط الحمل المقرر قبل ستة أشهر من الزواج. (شروط رفع دعوى اللعان مخالفة لشروطها وعدم احترام مواعيد مدة الحمل).

وهكذا صدر حكم تمهيدي عن المحكمة الابتدائية في فيفري 2019 يقضي قبل الفصل في الموضوع:

توجيه طرفي الدعوى للمسجد العتيق بالبلد يوم الجمعة بعد صلاة العصر بحضور المحضر القضائي أمام إمام المسجد بحضور جماعة من المسلمين لا تقل عن أربعة عدول لأداء يمين اللعان بالصيغة المحددة التالية: أن يقول المدعي بعد التأكد من هويته أربع مرات (أشهد بالله ما هذا الحمل مني) ويقول الخامسة (لعنة الله عليا إن كنت من الكاذبين) وتقول المدعى عليها بعد التأكد من هويتها أربع مرات (أشهد بالله ما زنيت وأنه منه) وتقول في الخامسة (غضب الله عليا إن كان من الصادقين) بعد وعظ طرفي الدعوى من طرف إمام المسجد

.أما عن أثار اللعان فقد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص في القرار الصادر في 1991/04/23

من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل----------

1- قرار المحكمة العليا رقم 172379 بتاريخ 1990/07/16، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، ط1، 2013، ص930.

ستةأشهر و أقصاها عشرة أشهر و من ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

حيث أنه تمت مناقشة شروط دعوى اللعان، و أن القرار الذي قضى بنفي نسب الابن بعد مباشرة إجراءات اللعان طبقا للشريعة الإسلامية لم يخالف القانون، لذا رفض الطعن و قد تم رفض النفقة بعد نفي النسب. وجاء في القرار الصادر في 2004/02/25

من المقرر شرعا و قانونا أنه متى ولد الطفل من زواج شرعي و مسجل في الحالة المدنية و لم ينكره الأب بالطرق المشروعة كان نسبه لأبيه صحيحا (1). عدم الالتفات لطلب إنكار النسب ما دام أنه ثابت بشهادة الميلاد و لم ينفه بالطرق

المشروعة(اللعان) المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري. ونص القرار الصادر في:2009/10/15 يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب، نقض القرار كونه غير قابل للاستئناف و نظر في الموضوع، مع نقض الحكم القاضي بتعيين خبير وتغفيل مسألة سبق الفصل. نقض القرار بدون إحالة معنى ذلك لا يعاد النظر في الدعوى من جديد (دعوى اللعان رفضت من قبل)

حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المستأنف

و القرار المطعون فيه، أن المطعون ضدها رفع دعوى ضد الطاعنة طالبا تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية و تكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للولد (أ) الذي ينكر المطعون ضدها نسبه إليه، و القول ما إذا كان ذلك الولد من صلبه أم لا و في حالة ما إذا كان الولد ليس من صلبه الحكم بإسقاط نسبه عنه----------

1- قرار المحكمة العليا رقم 309543 بتاريخ 2004/02/25 ، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثالث، الطبعة الأولى2013، ص 1521.

وإلغاءشهادةميلاده.وحيث أنه ما دام أن المطعون ضده ، قد التجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له

التذرع بإتباع أحكام المادة 40 ق.أ في صياغتها الجديدة ، التي تنص على أنه يثبتالنسب بالزواج الصحيح أو الإقرار ... وأنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلميةلإثبات النسب.

حيث أنه بذلك يتعين أن يمتد نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذيعين الخبيرين وغفل عن مسالة سبق الفصل التي أثارتها الطاعنة، على أن يكون النقضبدون

إحالة.ويتضحمن هذاالقرار أنقضاةالمحكمةالعلياباالجزائر ،قدأخذوابرأيالفقهاء الذينذهبوا إلىعدمجواز تقديمالبصمةالوراثيةخاصةوالطرقالعلميةبصفةعامةعلىاللعا ن. واعتمدتالمحكمةالعليافيالقرار الصادرفي: 2015/09/15

أنهإذاثبتالنسببالزواجالصحيحأوالإقرار أوبحكمقضائي ،فإنهلايقبلالنفيبالوسائلالعلم ية(**1**).

حيثأنهمنالمستقرعليهقضاءاانهعدمجواز نفينسبثابتبالزواجوالإقراروااللجوءإلىالـ طرقالعلميةلنفيهخطأ ،ولوأثبتتالتحاليلخلافذلكعلىأساسحقالولدلنسبهثابت ،وعليه قضتالمحكمةالعلياابرفضاللجوءإلىالطرقالعلميةلنفينسبثابتبالزواجأوالإقرارأوبـ حكمقضائي.**<u>المطلب الثاني: موقف المحكمة العليا من دعوى اللعان</u>**ما يمكن استخلاصه من خلال قرارات المحكمة العليا في إطار نفي النسب، بالرغممن ندرة القضايا سواء ما تعلق منها بتهمة الزنا أو بنفي نسب الحمل ----------

---------- 1-قرارالمحكمةالعلياارقم 0944691 بتاريخ 2015/09/10

مشارإليهفيبلحاجالعربي،قانونالأسرةوفقاالأحدثالتعديلاتومعلقاعليهبقراراتالمحكمةالعلياالمشهورةخلالأربعة وأربعينسنة 2010 1966، الطبعةالخامسة،ديوانالمطبوعاتالجامعية ، سنة 2017، ص 166.

من الزوج ، واقتصر تطبيق القضاء الجزائري في نفي النسب على طريق واحد وهو اللعان، تنفيذا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري كما ورد في

الفقه الإسلامي و الفقه المالكي خصوصا. وعلى ضوء هذه الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليايمكن استنتاج مايلي:

1- نفي النسب لا يكون إلا باللعان، وفي الآجال ووفق الشروط والإجراءات المنصوص عليهافي الفقه المالكي (دعوى نفي النسب)،

مع مراعاة أدنى مدة للحمل ستة أشهر ،وعليه دعوى نفي النسب لاتجاوز أجلها ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يرادنفيه، ويمكن تأخير اللعان مراعاة لظروف الزوج إذا كان غائبا (1)

2-للزوج وحده حق طلب الملاعنة،

فلايثار هذا الطلب من طرف الزوجة ولاتثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

3-

في حالة توفر شروط قبول الدعوى واقتناع القاضي بذلك يحيل الزوجين (بموجب حكم) إلى مسجد البلدة التي بها مسكن الزوجية مثلا أو أي مسجد في المدينة وهذا تماشيا مع مذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية. 4-

أيمان اللعان بين الزوجين لاتجرى إلا بتكليف محضر قضائي بحضور ومعاينة الواقعة وتبليغ الزوجين بصيغة الإيمان ،وتحرير محضر بذلك يقدمه الأمانة ضبط المحكمة حتى يتمكن الأطراف من إعادة السير في الدعوى للقاضي عليه أن يفصل وفق أحكامه المترتبة عليه.

5-

يصدر القاضي في أجل لاحق أحكامه المترتبة عن اللعان والتي منها التفريق بين الزوجين ونفي النسب. ---------- 1-قرار المحكمة العليا رقم 76343، بتاريخ 1990/07/16 ، مرجع سابق.

6- لايجوز شرعا الاعتماد على الوسائل العلمية في نفي النسب و هو مؤكد بنص 41 من قانون الأسرة الجزائري.و

في الأخير تبقى بعض الأسئلة العالقة التي يجب الإشارة إليها من خلال الإشكالات التالية:

في حالة إذا لم تكتمل يمين اللعان بنكول الزوجة أو امتنعت عن الحضور أو غابت أو تعذر إبلاغها فهل القاضي يحكم بنفي النسب ؟

و هل يمكن للقاضي أن يكتفي بسماع يمين اللعان في قاعة المحكمة بالشروط الفقهية الأساسية المعروفة دون اللجوء إلى إجراء ذلك في المسجد و بحضور محضر قضائي إن مسألة اللعان تعتبر من المسائل التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري ،

مع أنه معتمد من الناحية القضائية مما يدعونا إلى التساؤل عن سبب هذا الفراغ القانوني، و نجد أن اللعان مأخوذ به ،و عليه فإن غياب موضوع نفي النسب باللعان و تفصيل إجراءاته في قانون الأسرة الجزائري يعد ثغرة من الثغرات الكبيرة التي لم تعرف حلا لحد الساعة ،و التي لا يكفي معها إحالة القاضي على أحكام الشريعة بموجب نص المادة 222 لأن

كثيرا من الأحكام الفقهية هي محل خلاف بين فقهاء المذهب الواحد فضلا عن باقي المذاهب، و لإراحة القاضي من عناء البحث و الترجيح يكون النص القانوني فيصلا بين الآراء المختلفة و هذا ما تعنيه القاعدة الفقهية القاضية بان حكم الحاكم يرفع الخلاف.

و عليه نأمل من المشرع الجزائري أن يسعى بشتى الوسائل لوضع نصوص قانونية واضحة و دقيقة في نفي النسب الحساسية و أهمية هذا الموضوع.

الخاتمة

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع البصمة الوراثية، تبين لنا أن التطورات العلمية الهائلة التي يشهدها العالم اليوم خاصة فيما يتعلق بالهندسة الوراثية، أو البصمة الوراثية تجعلنا نقف مبهورين أمام عظمة الخالق سبحانه و تعالى، على خلق هذا العقل البشري العبقري

فلقد كشفت هذه الدراسات خبايا الخلايا البشرية، و رسمت خريطةالإنسان الجينية و شخصت بعض الأمراض الوراثية التي أثقلت كاهله و خلصته منها و هذه هي المرحلة التاريخية الجديدة في حياة ال "ADN"، و التي لعبت دورا أساسيا في الكشف عن الجرائم و هوية مرتكبيها، من خلال تحليل الحمض النووي المستخلص من مخلفات بشرية كالدم و العرق و الشعر و غيرها.

فالبصمة الوراثية تعد وسيلة للتمييز بين الأشخاص، فكل فرد ينفرد ببصمته الوراثية الخاصة به و التي لا يمكن أن تتشابه مع شخص آخر.

من خلال الدراسة التي قمنا بها توصلنا إلى النتائج التالية:

تعد البصمة الوراثية من إنتاجات الصورة البيولوجية التي تجتاح عالمنا المعاصر و يتم التعرف عليها عن طريق الحمض النووي "ADN"، و قد استطاع الميدان الجنائي الاستفادة منها بالنظر لدقة نتائجها في التفريق بين الأشخاص و تحديد هوية الجناة و تعدد مصادر الحصول عليها من خلال العينات التي يتم التقاطها من مسرح الجريمة و تلك المأخوذة من جسد المتهم، يعد دليلا حاسما و قاطعا على وجوده في مسرح الجريمة، إلا أنه تتعدد البصمات أو يكون تواجد المتهم عرضيا في مسرح التقاطها من مسرح الجريمة و مقارنتها مع العينة المأخوذة من جسد المتهم أو المخزنة في بنك المعلومات

تعد البصمة الوراثية من الوسائل البيولوجية التي تكاد لا تخطئ في ما يتعلق بالتحقق من هوية الأفراد، ترقى إلى مستوى القرائن القضائية التي يمكن للقاضي الاستعانة بها. تساهم تقنية البصمة الوراثية في التعرف على هوية الجناة في العديد من الجرائم و تحديدهوية الجاني و المجني عليهم في مخلف الجرائم، كما تمتاز البصمة الوراثية بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي كبصمة الأصبع، كونها حددت هوية ضحايا الطائرات و القطارات و الكوارث الطبيعية.

يمكن إجبار الشخص المتهم على إجراء تحليل البصمة الوراثية، إذا رفض أن يجريه بشرط أن يكون هذا الأمر بقرار من المحكمة المختصة، و بإشراف طبيب متخصص، دون أن يكون لهذاالإجراء أي انتهاك للحقوق الخاصة.

إن تطابق البصمة الوراثية من خلال المقارنة بين العينة الملتقطة من مسرح الجريمة و تلك المأخوذة من جسد المتهم، يعد دليلا حاسما و قاطعا على وجوده في مسرح الجريمة، إلا أنه قد تعدد البصمات أو يكون تواجد المتهم عرضيا في مسرح الجريمة، إلا أنه يمكن أن تعد البصمة الوراثية قرينة قوية على ارتكاب الجريمة فيما لو تعززت بأدلة أخرى، و هو ما جرت عليه التطبيقات القضائية في معظم المحاكم بالنظر إلى خطورة النتائج التي يتمخض عنها اختبار البصمة الوراثية، و ما يفرزها من معلومات تتعدى الغرض إلى كشف معلومات تتعلق بخصوصيات الفردو احتمال الاستخدامالغير مشروع لتلك المعلومات و العينات المأخوذة من جسد المتهم خصوصا مع تطور تقنيات الهندسة الوراثية، فإنه لا بد من وجود ضمانات فنية معملية عند إجراء الاختبار و ضمانات قانونية تتمثل في تحديد حالات و شروط اللجوء إلىاختبار البصمة الوراثية و حماية المعلومات و العينات من أي استخدام غير مشروع

كماأن البصمة الوراثية و رغم ما قيل حول دقة نتائجها التي قد تصل إلى 99.99% أو 100 %، فهي لا تخلو من العيوب لأنها تحتاج إلى معايير للتأكد من صحتها كالمؤهلات العلمية، الخبرة المتميزة، سلامة الطرق و الإجراءات التي وصل لتحليل البصمة الوراثية لذا يجب أن تستعمل بحيطة و حذر خاصة فيما يتعلق بحياة الأسرة و المجتمع

و رغم ما وصل إليه الإنسان من ثورات علمية و بيولوجية فإن العزيز الحكيم يقول بعد بسم الله الرحمن الرحيم:" و ما أتيتم من العلم إلا قليلا "، و ذلك حتى يعلم الإنسان أن ما وصل إليه من اختراعات و اكتشافات علمية لا تساوي في الحقيقة شيئا مما استأثر الله عز و جل من علوم الغيب عنده، قال تعالى: " و فوق كل ذي علم عليم ".

قائمة المراجع: أ- مراجع عامة:

1) مراجع باللغة العربية

أولا: الكتب1- ابن منظور جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الأول، ج1، دار المعارف لبنان، د.ت.ط

2- أبي الوليد بن رشدالقرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2،ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م

3- أحمد فراح حسين، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، د.س.ن

4- اقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2012م

5- الامام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة،1950م.

6- أنس حسن محمد ناجي، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب، في ضوء الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010م

7- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن،2006م.

8- سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية و علائقها الشرعية، ط1، منشورات كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، 1419هـ/1999م.

9- عبلة الكحلاوي، البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات الجنائي(ط.بلا)، القاهرة، 2010م

10- علي محي الدين القرهداغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته 16، المنعقدة في مكة المرمة في الفترة من 21-1422/10/26هـ الموافق ل5-9/01-2002/10م.

11-عمر السبيل بن محمد، البصمة الوراثية و مدى استخدامها في النسب و

الجناية، ط1، دار الفضيلة للنشر و التوزيع، الرياض، 2002م.
12- فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة و القانون، المكتبة المصرية، الإسكندرية، د.ت.ط.
- محمد سليمان الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية و الهندسة الوراثية، د.ط، ج.س.ن.
14- نجم عبد الواحد، البصمة الوراثية و تأثيرها على النسب، د.ط، د.س.ن.
15- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ط1، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، دمشق، 1986م.

ثانيا:الرسائل و المذكرات الجامعية:

1- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها في إثبات و نفي النسب، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011.
2-جبيري خالد، إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/2014.
3- واعر يوسف، البصمة الوراثية، لإثبات النسب، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.
4- سعد عبد اللاوي، الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات و نفي النسب، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015/2014.
5- بن قداش سلطانة، الإثبات عن طريق البصمة الوراثية في المواد الجنائية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص علم الإجرام و العلوم الجنائية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2017/2016.

ثالثا: المقالات1- بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة عدد37، 2007 2- فواز صالح، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب،

بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد19-2003.

3- هدى حامد قشقوش، مشروع الجينوم البشري و القواعد العامة للقانون الجنائي مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة و القانون، يومي 5-7 ماي2002.

رابعا: المعاجم و القواميس

1- المنجد في اللغة و الإعلام، إعداد مجموعة من أهل اللغة و العلم تحت إشراف المطبعة الكاثوليكية، منشورات دار المشرق، بيروت، الطبعة 33، عام 1992 توزيع المكتبة المشرقية، بيروت

2- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دار الفكر، سوريا، ط1.

2) مراجع باللغة الأجنبية: - مراجع على الإنترنيت: Colins.F.DNA

2-Walter, j.Crime Law 1- Forensic , Ethics mac 2007 . Germany. and genomics, New Trends, London , 2006. 3-Colins, F. Human genome project genomica, USA 2007

ب) التشريع: 1- القرآن الكريم

2- السنة النبوية

* الترمذي. سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر دار إحياء التراث العربي – بيروت بدون تاريخ.

* صحيح البخاري و مسلم، مكتبة التوفيقية، القاهرة، دار احياء التراث العربي بيروت دون تاريخ

* أبو بكر الجزائري العلم و العلماء، مطبعة دار الكتب السلفية القاهرة، 2003. *

ابن القيم الجوزية طرق الحكيمة في السياسة الشرعية المؤسسة العربية للطباعة 1961 بيروت

* ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد تحقيق شعيب الأرناؤوط و عبد القادر الأرناؤوط، بيروت مؤسسة الرسالة3، ابن القيم: طرق الحكيمة، تحقيق بشير عيون(المؤسسة العربية للطباعة و النشر 1961).

* ابن تيمية، تحقيق محمد حسن مخلوف، بيروت، ط1، 1386هـ.
* البيهقي. سنن البيهقي، دار المعارف الهند، 1344هـ.
*ابن كثير، تفسير القرآن العظيم دار احياء التراث العربي بيروت 1400 هـ.
* محمد بن أب بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي.
* يوسف بن محمد بن عبد البر.

ج) الاجتهاد القضائيأولا: النصوص القانونية

1- دستور الجمهورية الجزائرية1996.2-قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الأمر155/66، المؤرخ في 08 جوان1996، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم. 3- قانون العقوبات الجزائري، الأمر 156/66، المؤرخ في 08 جوان 1966 المضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
4- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل09 يونيو 1984م متضمن بقانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافقل27 فبراير 2005م، ج.ر، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005م
5-القانون رقم 15/88 المؤرخ في 1985/04/16، المتضمن حماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بالقانون رقم15/88 المؤرخ في 03 /1988/05.
6- القانون 03-16 المؤرخ في 16 يونيو 2016، المتضمن البصمة الوراثية جريدة رسمية، عدد37.

ثانيا: المجلات القضائية

1- مجلة المحكمة العليا، عدد1، سنة 2007 ملف رقم 414233.
2- قرار غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222674، قضي(ع-ب) ضد (م-ل) سنة 1999
3- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا الجزائرية، العدد الخاص لسنة 2002م، ص88.

الفهرس:

مقدمة..... ص7.

الفصل التمهيدي:ماهية البصمةالوراثية.....ص11.

المبحث الأول:تعريف البصمة الوراثية و بيان

خصائصها.....12.**المطلب الأول:** تعريف البصمة

الوراثية.....ص 12.**الفرع الأول:**المعنى اللغوي

للبصمة الوراثية.....ص 13.

الفرع الثاني:المعنى القانوني للبصمة

الوراثية.....ص 13.**الفرع الثالث:**التعريف العلمي للبصمة

الوراثية.....ص 14.**المطلب الثاني:** خصائص و مميزات

البصمة الوراثية.....ص 16.**المطلب الثالث:** مصادر استخلاص

البصمة الوراثية.....ص 21.**المطلب الرابع:**الطبيعة الذاتية

للبصمة الوراثية.....ص 26.**الفرع الأول:**نظرية منح البصمة

الوراثية صفة الأشياء.....ص 27.**الفرع الثاني:**نظرية منح البصمة

الوراثية وصف الأشخاص.....ص 29.**الفرع الثالث:**نظرية الأشياء ذات

الطبيعة الخاصة.....ص 31.**المبحث الثاني:**تمييز البصمة

الوراثية عن غيرها من المصطلحات الأخرى و مشروعية

استخدامها.....ص 32.**المطلب**

الأول:بصمات الأصابع و البصمة الوراثية.....ص 33.**الفرع**

الأول:كيفية التقاط بصمات الأصابع.....ص 33.**الفرع**

الثاني:التقاط بصمات الأصابع بالنسبة للبصمة الوراثية.....ص 34.**الفرع**

الثالث:كيفية التقاط بصمات الأصابع من مسرح الجريمة.....ص 35.**المطلب**

الثاني:البصمة الوراثيةD.N.A و بصمات الوجه.....ص 36.**الفرع**

الأول:البصمة الوراثية D.N.Aو بصمات الأسنان.....ص36.**الفرع**
الثاني:البصمة الوراثية D.N.A و بصمة الشفتين.....ص37.**الفرع**
الثالث:البصمة الوراثية و بصمة العين و الصوت.....ص38.**المطلب**
الثالث: موقف الفقه و التشريع و القضاء الغربي من البصمة
الوراثية.....ص 47.**الف**
رع الأول:النظام الأمريكي.....ص 48.**الفرع**
الثاني:النظام البريطاني.....ص 52.**المطلب**
الرابع:موقف الفقه و التشريع و القضاء الجزائري من استخدام البصمة
الوراثية.....ص 56.
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية.....ص 57.
الفرع الثاني: موقف الفقه من اللجوء الى البصمة
الواثية.....ص58**الفصل الأول:**التكييف القانوني و الشرعي
للبصمة الوراثية.....ص62.**المبحث الأول:** التكييف القانوني للبصمة
الوراثية.....ص63.**المطلب الأول:** شوط العمل بالبصمة الوراثية
في القوانين الوضعية.....ص64.**الفرع الأول:**الشروط القانونية الخاصة بالبصمة
الوراثية.....ص64.**الفرع الثاني:**الشروط الواجب توافرها في الشخص
القائم بها.....ص65.**المطلب الثاني:**أصل البصمة
الوراثية.....ص 70.**الفرع الأول:**في مجال الإثبات
الجنائي.....ص 71.**الفرع الثاني:**في مجال إثبات
النسب.....ص 72.**المطلب الثالث:** البصمة
الوراثية في القوانين الوضعية.....ص76.**الفرع الأول:**البصمة
الوراثية في القوانين الأجنبية.....ص76.**الفرع الثاني:**البصمة
الوراثية في القوانين العربية.....ص78.**المطلب الرابع:**آليات

العمل بالبصمة الوراثية في ضل القانون 16-03...ص80.**الفرع الأول:**شروط العمل بالبصمة الوراثية في ضل القانون 16-03.....ص80.**الفرع الثاني:** كيفية العمل بالبصمة الوراثية في ضل القانون 16-03.....ص83.**المبحث الثاني:**التكييف الشرعي للبصمة الوراثية.....ص85.**المطلب الأول:** شروط العمل بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.....ص86.**الفرع الأول:**الشروط الشرعية للبصمة الوراثية.....ص86.**الفرع الثاني:**شروط خبير البصمة الوراثية.....ص87.**المطلب الثاني:**التأصيل الشرعي للبصمة الوراثية.....ص91**الفرع الأول:**الأصل في الأشياء الإباحة.....ص91.**الفرع الثاني:**الأصل في الأشياء المنع و الحظر.....ص94.**المطلب الثالث:** حكم العمل بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.....ص97.**الفرع الأول:** الحكم التكليفي للبصمة الوراثية.....ص97.**الفرع الثاني:**الحكم الوضعي للبصمة الوراثية.....ص98.**المطلب الرابع:** موقف البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.....ص98.**الفرع الأول:**في مجال النسب و نفيه.....ص99.**الفرع الثاني:**في المجال الجنائي.....ص101.**الفصل الثاني:**إثبات و نفي النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و موقف القضاء الجزائري من البصمة الوراثية في مسألة نفي النسب.....ص104.**المبحث الأول:**بيان طرق إثبات و نفي النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.....ص104.

المطلب الأول: طرق إثبات النسب في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.....ص 104.

الفرع الأول:طرق إثبات النسب في الفقه
الإسلامي.....ص104.**الفرع الثاني:**طرق إثبات النسب في قانون
الأسرة الجزائري.....ص119.**المطلب الثاني:**طرق نفي النسب في الفقه
الإسلامي و قانون الأسرة
الجزائري.....ص 138.
الفرع الأول:طرق نفي النسب في الفقه
الإسلامي.....ص139.**الفرع الثاني:**طرق نفي النسب فيقانون
الأسرة الجزائري.....ص149.**المبحث الثاني:**موقف القضاء من
البصمة الوراثية في نفي النسب.....ص159.**المطلب الأول:**حويصلة تطبيقية
لمجموعة من الأحكام القضائية في نفي
النسب.....ص 169.ا
لمطلب الثاني:موقف المحكمة العليا من دعوى اللعان.....ص163.
خاتمة.....ص 167.

مـلخص مذكرة

تعتبر البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب، باعتبار النسب له طرقه القانونية و الشرعية، و تعد البصمة الوراثية من الاكتشافات العلمية الحديثة، و التي اعتمدت عليها كثير من الاكتشافات العلمية الحديثة، و التي اعتمدت عليها المحاكم الغربية و العربية في معرفة مرتكبي الجرائم، و نسبتها لأصحابها، و بناء على نتائجها يتم إدانة الأشخاص المتهمين أو تبرأتهم، و ذلك ما لم تتعارض مع النصوص و الأدلة الشرعية و التي تتبناها الشريعة الإسلامية. و للأخذ بنتائج البصمة الوراثية يتعين اتباع ضوابط و إجراءات تقنية تتعلق بخبرة البصمة الوراثية

الكلمات المفتاحية:

1/...البصمةالوراثية...2/...الإثباتالجنائي...3/...نفيالنسب...4/...الدليلالقانوني...5/...الدليلالشرعي....

Abstract of Master's ThesisDNA is one of the recent scientific discoveries. It has beenadopted by many Western and Arab courts to identify perpetrators of crimes. Based On the results of DNA analysis, the prosecution or acquittal of accused persons will be confirmed, as well as that confirmation or denial of pratenity in cases of doubt provided that there are no contradictions withe the case law. DNA analyzes also identify corpses, so this is very important technical process in the field of forensic medicine. There are specific inevitability of judge's reliance on genetic fingerprint in order to negate descent, they must be controlled by the authorities conclusive.

Keywords:1/...Genetics...**2/**...Denial of Pratenity...**3/**...Legal and Juridical Evidence...**4/**...Confirmation of Filiation...**5/**...Forensic Medicine...