انتهاك الخصوصية في إثبات وتطبيق قانون البصمة الوراثية الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ ومعالجة قصوره في الشريعة والقانون الكويتي

الدكتور/ عبداللطيف حاجي صادق العوضي
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

ملخص:

يقدم البحث صورة تفصيلية عن البصمة الوراثية ودورها في انتهاك الخصوصية في الإثبات بتطبيق القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ ومعالجة قصوره وفق الشريعة والقانون، وقد تناول البحث تعريف ماهية البصمة الوراثية، وحكمها الشرعي، ثم تناولت في الفصل الثاني ماهية الإثبات الجنائي ومقارنة الدليل المادي في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي وبيان ماهيته، والمشاكل القانونية ومدى الخصوصية المتعلقة بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ثم أما بعد:

فإن موضوع هذا البحث يتناول قضية هامة من آيات الله العظيمة في العصر الحديث، وهي البصمة الوراثية وأثر تطبيقها في القانون، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

التعريف بالبحث:

يقدم هذا البحث دراسة علمية موضوعية لقضية: البصمة الوراثية ومعالجة تطبيقها في الإثبات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، وهو موضوع جديد على الساحة الشرعية والقانونية، يبحث من خلاله معالجة ودراسة القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلق بالبصمة الوراثية.

أهداف هذا البحث:

١ – بيان عدل الشريعة الإسلامية، وأنها تقصد الخير والصلاح للعباد في كل أحكامها.

تم دعم هذا العمل وتمويله من قبل جامعة الكويت – مشروع رقم (ZH04/17).

٢ – التعرف على الدليل المادي في الشريعة والقانون وبيان علاقته بالقرينة.

٣ – بيان ماهية البصمة الوراثية، وبيان مدى مشروعية استخدامها في الإثبات.

٤ – بيان أثر تطبيق القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلق بالبصمة الوراثية وطريقة معالجة هذا القانون.

أهمية البحث:

يعتبر هذا البحث من الأهمية بمكان على الساحة الشرعية والقضائية – القانونية، وتظهر أهميته في كونه:

١ – دراسة علمية شرعية قانونية لقضية البصمة الوراثية وتطبيقها نحو الشكل الصحيح.

٢ – حداثة تطبيق القانون الوضعي للبصمة الوراثية، مما يعني وجود مشاكل قانونية تخالف بتطبيقها الشريعة الإسلامية ودستور دولة الكويت أيضاً.

٣ – إثارة مسائل جديدة تتعلق بالقانون والأخلاق والسياسة، سواء بالنسبة للفرد أو المجتمع.

منهج البحث:

اتبع في إعداد هذه الدراسة الأسلوب الاستقرائي لكتب ومقالات وبحوث ودراسات الفقه والفقه المقارن، وكتب القانون وشرحها، والقوانين الصادرة بشأن البصمة الوراثية وغيرها من قانون الإجراءات الكويتي، إضافة إلى المنهج الوصفي والتحليلي والاستنباطي، إذ إن طبيعة موضوع البحث تفرض ذلك، وقد اتخذت هذه الدراسة في تناولها لموضوع البحث الإجراءات التالية:

- الحرص على تطوير المسائل المراد بحثها قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها.
- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قالها من أهل العلم، أو القانون، ويكون عرض الخلاف بحسب الاتجاهات الفقهية والقانونية.
- التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد ما لم تعرض حاجة لهذا الاستطراد.
- ترقيم الآيات، وبيان سورها، وتخريج الأحاديث من مظانها المعتبرة.
- تحليل مضمون بنود القانون الخاص رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلق بالبصمة وغيرها.

خطة البحث

الفصل الأول: البصمة الوراثية وحكمها الشرعي.

المبحث الأول: البصمة الوراثية، تعريفها، وخصائصها، وشروطها، وضوابط العمل بها.

المبحث الثاني: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية.

الفصل الثاني: الإثبات الجنائي والبصمة الوراثية.

المبحث الأول: ماهية الإثبات الجنائي والدليل المادي في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي.

المطلب الأول: ماهية الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي.

المطلب الثاني: مفهوم الدليل المادي في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي.

المطلب الثالث: تكييف البصمة الوراثية كقرينة بين القوة والضعف.

المبحث الثاني: المشاكل القانونية ومدى الخصوصية المتعلقة بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

المطلب الأول: مدى الخصوصية المتعلقة بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: بيان مدى الخصوصية في إصدار القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥، المتعلق بالبصمة الوراثية.

المطلب الثالث: معالجة المشكلة القانونية في القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلقة بالبصمة الوراثية عن طريق المحكمة الدستورية.

خاتمة تضمنت أهم نتائج البحث.

الفصل الأول
البصمة الوراثية وحكمها الشرعي

المبحث الأول
التعريف بالبصمة الوراثية
وخصائصها، وشروطها، وضوابطها

تعريف البصمة الوراثية لغة:

البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين: "البصمة"، و"الوراثية".

أما "البصمة" فهي تأتي في اللغة بمعانٍ.

البصمة مشتقة من البصم وهو: فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر.

يقال ما فارقتك شبراً ولا فتراً، ولا عتباً، ولا رتباً، ولا بصماً.

ورجل ذو بصم أي غليظ البصم(١).

وقد أقر مجمع اللغة العربية بمصر لفظ البصمة بمعنى أثر الختم بالأصابع فقول بصم بصماً أي ختم بطرف إصبعه(٢).

أما "الوراثية": فهي تعني ما ينتقل من الكائن الحي إلى فرعه.

وعلم الوراثة هو "العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بهذا الانتقال"(٣).

وبناء عليه فالبصمة الوراثية: هي الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو الصفات الثابتة المتنقلة من الكائن الحي إلى نوعه، وفق قوانين محددة يمكن تعلمها(٤).

---

(١) القاموس المحيط: الفيروز أبادي، مادة (البُصم)، (بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، ص١٠٨٠.

(٢) لسان العرب، لابن منظور الأفريقي المصري – دار صادر بيروت – الطبعة الأولى ص١٢.

(٣) انظر: بحث (البصمة الوراثية في ضوء الإسلام)، للدكتور عبدالستار فتح الله سعيد ص٤، مجلد عدد٣، بحوث مؤتمرات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، بمكة المكرمة، ٢٠٠٢.

(٤) أ. د. سعد الدين مسعد الهلالي: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية (دراسة فقهية مقارنة)، الكويت: مجلس النشر العلمي، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١، ص٢٥.

التعريف الاصطلاحي "الشرعي" للبصمة الوراثية:

اجتهد العلماء المعاصرون في وضع تعريف مناسب للبصمة الوراثية باعتبارها من المصطلحات العلمية الحديثة، وقد اختلفوا في هذه التعريفات على النحو الآتي:

١ – تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قالت إن البصمة الوراثية هي "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي الموروثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية(٥).

٢ – إقرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، التعريف السابق للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حيث قال: "البصمة الوراثية هي البنية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وإنها وسيلة تمتاز بالدقة(٦).

٣ – وقد عرفها أستاذنا الدكتور سعد الدين هلالي بأنها "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع". وعرفها في مكان آخر بأنها "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض الدنا المتمركز في نواة خلية من خلايا جسمه(٧).

٤ – وعرفها الدكتور أبوالوفا محمد أبوالوفا في معرض بحثه فقال بأنها "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا جسده"(٨).

---

(٥) ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني – الكويت – المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية – ٢٣–٢٥ جمادى الآخر ١٤١٩هـ – ١٣–١٥ أكتوبر ١٩٨٨ – الجزء الثاني – ٢٠٠٠ – ص١٠٥٠.

(٦) انظر: القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها– الدورة السادسة عشرة – ٢١–٢٦/١٠ – ١٤٢٢هـ – ٥–٢٠٠٢/١/١٠م– المجمع الفقهي الإسلامي– مكة المكرمة.

(٧) أ. د. سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص٢٥–٣٥.

(٨) د. أبوالوفا محمد إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون"، ٥–٧ مايو ٢٠٠٢، جامعة الإمارات، كلية الشرعية والقانون، المجلد الثاني، ص٦٨٥.

٥ – وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها "المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية"(٩).

التعريف العلمي للبصمة الوراثية: هي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية(١٠)، وهذا التعريف الأخير هو أنسب تعاريف البصمة الوراثية.

مناقشة وتعقيب:

والناظر لهذه التعريفات سواء تعريف المنظمة الإسلامية والمجمع الفقهي أو تعريفات الباحثين المجتهدين يتبين له أنها تدور حول معنيين لا ثالث لهما:

المعنى الأول: انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء.

المعنى الثاني: دراسة التركيب الوراثي.

وهذه هي أهم الأعمال التي تقوم بها البصمة الوراثية.

خصائص البصمة الوراثية:

١ – إن عمل البصمة الوراثية في أن تسلسل القواعد النتروجينية يختلف من شخص إلى آخر ولا يتشابه فيه شخصان على وجه الأرض إلا في حالة التوائم المتماثلة والتي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد، ورغم كثرة عدد القواعد النتروجينية في الحمض النووي فإن احتمال تطابق تسلسلها في شخصين غير وارد، لذلك تعتبر البصمة الوراثية هي قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشك.

٢ – كما أظهرت الدراسات العلمية الحديثة مقدرة الحمض النووي DNA على تحمل الظروف الجوية السيئة المحيطة ولو مضى عليها وقت طويل، ويمكن عملها كذلك من بقايا العظام وخصوصاً عظام الأسنان، هذا بجانب أية تلوثات بيولوجية مرفوعة من مكان الحادث مثل الشعر والجلد والدم والتلوثات المنوية.

٣ – تظهر البصمة الوراثية على هيئة خطوط عرضية تختلف في السمك والمسافة نتيجة اختلاف شخص من شخص إلى آخر كونها صفة لكل إنسان تميزه عن

---

(٩) دكتور وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي – مكة المكرمة – من ٢١–٢٦/١٠/١٤٢٢هـ– ٥/١٠/١/٢٠٠٢م – ص٥.

(١٠) مقدمة في فحص الحمض النووي الديوكسي ريبوزي في مجال البحث الجنائي، الناشر س آر س، ١٩٩٧، ص١٧٣، ١٦١.

الآخر، وهذه النتيجة سهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر، ويمكن مقارنة كل عينة بقاعدة بيانات المختبرات في دول أخرى مرتبطة معها بنظام الكمبيوتر.

٤ – أصبحت بصمة الحمض النووي – البصمة الوراثية – قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشك؛ مما جعلها وسيلة معترفاً بها في جميع محاكم أوروبا وأمريكا في جرائم القتل والاغتصاب واللواط والجرائم الجنسية وجرائم السرقة، لأن الجاني في الغالب يترك مخلفات آدمية في مسرح الجريمة أو على جسم المجني عليه في صورة تلوثات دموية نتيجة لجرح بسبب العنف أو عند محاولته الهرب، أو تلوثات منوية أو تلوثات لعابية على أعقاب السجائر أو الأكواب أو بقايا مأكولات أو آثار شعر آدمي أو جلد بشري تحت أظافر المجني عليه أو الجاني(١١).

٥ – تتمتع البصمة الوراثية بالمقدرة على الاستنساخ(١٢).

٦ – تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة علمية عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان وذلك من خلال نتائجها القطعية التي لا تقبل الشك أو الظن.

هذه هي أهم الخصائص التي تستأثر بها البصمة الوراثية كدليل علمي دقيق مسخر لخدمة مجالات تحتاج إليها البشرية قاطبة، إلا أنه وعلى الرغم من المكانة والأهمية التي تكتسبها هذه التقنية، فقد سجلت في حقها عدة مساوئ وسلبيات قد تقلل وتقلص من تلك الأهمية والدور الذي لعبته ووصلت إليه، فإذا كانت أهم خصائصها هي الدقة، فقد ذهب جانب من الخبراء والفقهاء(١٣) إلى القول بأن احتمال الخطأ والتشكيك في النتائج وارد ما دام هناك تدخل من يد البشر، كتلوث العينات أو خلطها بين الجاني والمجني عليه أو التقارب العائلي وتماثل البصمة الوراثية في توائم متطابقة، إلى جانب تبديل العينات بصورة عرضية أو متعمدة، ومحاولات التشكيك في

(١١) بدر خالد الخليفة، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، الكويت، طبع على نفقة المؤلف دون بيان للمطبعة أو الناشر، ١٩٩٦م، ص١٨٨–١٨٩، وإبراهيم صادق الجندي: الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٠هـ–٢٠٠٠، ص٢٢٣–٢٢٤.

(١٢) نبالي مليكة، البيولوجيا الجزيئية، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨، ص٤٩ وما بعدها. توفيق سلطاني "حجية البصمة الوراثية في الإثبات" مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر– باتنة، السنة الجامعية ٢٠١٠–٢٠١١، ص٢٥.

(١٣) بلمولود يحيى، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات أمام القضاء الجزائي. يوم دراسي حول "البصمة الوراثية ADN في الإثبات" المنظم يومي ٩و١٠أبريل ٢٠٠٨من قبل مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين سطيف، دار الثقافة، هواري بومدين، سطيف.

دقة النتائج من شأنها أن تزعزع يقين القاضي ليستبعد بذلك البصمة الوراثية أو اعتمادها كدليل.

شروط وضوابط العمل بالبصمة الوراثية:

أدى العمل بالبصمة الوراثية إلى ظهور مشاكل عديدة، تولد عنها بعض القواعد التي يتطلب مراعاتها لضمان صحة نتائج البصمة الوراثية، وقد فصل فيها البروفيسور أريك لاندر في بحثه الجيد "العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير"(١٤).

الضابط الأول: القبول العام لأهل الاختصاص، بمعنى عدم الأخذ بالكشف العلمي في مرحلة التجريب، إلى أن يعبر مرحلة الثبوت والتطبيق.

الضابط الثاني: اختيار الموضوعية: والمقصود بهذه القاعدة معاودة اختبار الدنا في أكثر من موضع منه للتيقن من نتائجه، وأن تضاعف عينة إيجابية للمقارنة والاطمئنان لسلامة النتيجة.

الضابط الثالث: الوقوف على طبيعة عدة التقنية: بمعنى التأكد من سلامة الأجهزة، ودراية الفنيين في تشغيلها في غاية الدقة(١٥).

الضابط الرابع: الحذر من التكنولوجيا المتطورة: بمعنى عدم التسليم المطلق بنتائجها قبل اختبار الموضوعية، والوقوف على طبيعة التقنية(١٦).

وهذه الضوابط لا تتعارض مع الإسلام، وإن كان الضابط الأساسي لاعتماد الأخذ بها شرعاً هو شيوعها وانتشار العمل بها، لأنها لو استمرت عزيزة نادرة ما حازت الرضا والقبول عند الناس، ولاشك أن رضاهم معتبر لاستقرار الحقوق حتى أن الفقهاء يقررون في كتبهم في أكثر من موضع أن الحكم للكثير الغالب لا بالقليل النادر، وأن الحكم بالمعتاد لا بالنادر(١٧).

كما أن الله تعالى اعتبر الرضا في الشهادة فقال تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾(١٨).

---

(١٤) العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، ضمن مجموعة من البحوث مجموعة من كتاب الشفرة الوراثية للإنسان، ص٢١٤، ٢٢٩.

(١٥) انظر: أ. د. سعد الدين هلالي، مرجع سابق، ص٣٩، ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، شرحاً وافياً.

(١٦) العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير، المرجع السابق، ص٢١٤، ٢٢٩.

(١٧) مجمع الأنهر: داماد أفندي، القاهرة: دار الطباعة العامرة، ١٣١٧هـ، ج١ ص٧٠١، ٧١٣، ابن رشد (الحفيد): بداية المجتهد، مصر: مطبعة البابي الحلبي، ١٩٧٥، ج٢، ص٣٥٨.

(١٨) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

ومن شروط الأخذ بالبصمة الوراثية:

١ – اشتراط التعدد في إجراء البصمة قياساً على التعدد في الشهادة فليس له محل، لأن الحكمة من التعدد في الشهادة كما قال تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾(١٩)، والحكمة هنا منفية مع الآلة.

٢ – يجب أن يخضع الأمر لقواعد المهنة، فإنهم أعرف بالمفارقات والاختلافات، وربما قرروا تكرار البصمة مرات، والعرف حاكم(٢٠).

٣ – وأن يكون القائمون على إجراء الفحوص والتحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية عدول ثقة أمناء، وألا تتدخل المصالح الشخصية والأهواء في هذه الفحوصات.

٤ – أن البصمة مثل الشهادة فلا تقبل نتيجتها إذا كانت هناك مصلحة خاصة بالخبير الذي يقوم بإجرائها، أو بالمختبر الذي يقوم بها، وكذلك الأمر إذا كانت هناك عداوة فلا تقبل نتيجتها ضد الطرف الآخر، وكذلك ينبغي مراعاة القرابة القريبة فلا تقبل شهادة خبير في البصمة لصالح أمه أو أبيه أو نحو ذلك(٢١).

٥ – توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثة بدءاً من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية، حرصاً على سلامة تلك العينات، وضماناً لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

وأوصى مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في الدورة السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ٢١–١٤٢٢/١٠/٢٦هـ، الموافق ٥–٢٠٠٢/١/١٠ بما يأتي:

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

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

---

(١٩) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

(٢٠) البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، للمستشار د. فؤاد عبدالمنعم أحمد، المكتبة المصرية، لوران، الإسكندرية، ص٢٠.

(٢١) الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، أعمال الندوة المنعقدة بالكويت ١٤١٩هـ–١٩٨٨م، البيان الختامي، ج٢، ص١٠٥٠.

ج – أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية حتى تكون النتائج مطابقة للواقع(٢٢).

والواقع أنه يمكن الاستعانة بالمختبرات الخاصة الخاضعة لإشراف الدولة، ويشترط على كل حال أن تتوافر فيها الشروط والضوابط العلمية المعتبرة محلياً وعالمياً في هذا المجال(٢٣).

المبحث الثاني
الحكم الشرعي للبصمة الوراثية

تمهيد:

البصمة الوراثية اكتشاف علمي حديث لم يكن له وجود قبل عام ١٩٨٤، ولكن الآن أصبح حقيقة واقعية ملموسة أثبتت نجاحها، وأخذت بها كدليل المحاكم في أوروبا وأميركا واطمأنت إلى نتائجها العلمية في القضايا المعروضة عليها.

والإسلام دين يقدر العلم ويحث على طلبه والعمل بما جاء به طالما أن في ذلك إقراراً للحق وتحقيقاً للعدل بين الناس. والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُۥ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٣﴾ أَلَآ إِنَّهُمْ فِى مِرْيَةٍ مِّن لِّقَآءِ رَبِّهِمْ ۗ أَلَآ إِنَّهُۥ بِكُلِّ شَىْءٍ مُّحِيطٌۢ﴾(٢٤)، كما يتأكد بقوله تعالى: ﴿وَفِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾(٢٥).

وإذا كان اكتشاف العلماء لبصمة الأصابع وتفرد كل إنسان ببصمة تغاير الأخرى وذلك منذ زمن ليس بالبعيد يمثل أمراً عجيباً ومستغرباً حتى استقر العمل به واطمأن الناس إليه، فإن البصمة الوراثية تمثل اليوم آية من آيات الله في خلقه يستطيع الإنسان من خلالها معرفة الحقائق بطريقة علمية ملموسة بما يساعد على استقرار الحق والعدل في المجتمع الإنساني(٢٦).

---

(٢٢) رقم القرار: ٧ رقم الدورة ١٦ بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.

(٢٣) ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية، الكويت، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، سنة ٢٠٠٠م، ص٤٨.

(٢٤) سورة فصلت، الآيات ٥٣، ٥٤.

(٢٥) سورة الذاريات، الآية ٢١.

(٢٦) أ. د. سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية، مرجع سابق، ص٨٥، وانظر: البصمة الوراثية، د. فؤاد عبدالمنعم أحمد، مرجع سابق، ص٢٢.

الأصل في الأشياء النافعة الإباحة:

وبناء عليه فلا مانع شرعاً من إجراء البحوث والعمل على توسيع البصمة الوراثية في المجالات الطبية والاجتماعية المختلفة؛ لأن التصرفات المستحدثة النافعة والتي لم يرد عن الشارع فيها حكم فهي مباحة شرعاً للقاعدة الشرعية الأصل في الأشياء الإباحة، واستصحاباً لبراءة الذمة، إذ يحق لكل إنسان أن يبرم ما يراه من العقود وينشئ ما يراه من تصرفات، في حدود عدم الضرر بالنفس أو الغير، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم حتى ادعى بعض الأصوليين الإجماع على ذلك(٢٧).

والدليل أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة الكتاب والسنة، وتؤكده القواعد الفقهية والمعقول على النحو التالي:

دليل من الكتاب: الآيات في بيان هذا الأصل كثيرة، قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ ٱسْتَوَىٰٓ إِلَى ٱلسَّمَآءِ فَسَوَّىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَٰتٍ ۚ وَهُوَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾(٢٨)، وقوله عز وجل: ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾(٢٩).

يدل على أن الأصل في الأشياء التي ينتفع بها الإباحة حتى يقوم الدليل على الحظر(٣٠)، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًۢا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ ۚ﴾(٣١).

والشاهد من الآية: أن الله تعالى يخبرنا أنه لا يدخل قوماً في الضلالة والمعصية بعد التوحيد والإسلام حتى يبين لهم المعاصي وموجبات الضلالة، أي لا يكون فيما يدخلون فيه قبل البيان ضلالة ومعصية، فلا يكون حراماً(٣٢).

---

(٢٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ج٢٩، ص١٦، ١٨، ج٢٨، ص٣٨٦، وابن القيم الجوزية: زاد الميعاد في هدى خير العباد، تحقيق شعيب وعبدالقادر الأرناؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، طبعة ٣، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ج٥، ص٧٣٢، وانظر: د. سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية، ص٩٦.

(٢٨) سورة البقرة، الآية ٢٩.

(٢٩) سورة الجاثية، الآية ١٣.

(٣٠) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، بيروت: دار التراث العربي، طبعة ١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ج١، ص٢٥١، ج١٦، ١٦٠.

(٣١) سورة التوبة، الآية ١١٥.

(٣٢) أصول الفقه للشيخ محمد الخضري، مصر، المكتبة التجارية، دون تاريخ، ص٣٥٥.

دليل من السنة: عن أبي ثعلبة الخشني عن النبي ﷺ قال: "إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها"(٣٣)، وأخرجه الحاكم عن أبي الدرداء مرفوعاً: "ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً"(٣٤)، ثم تلا هذه الآية: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾(٣٥).

يقول ابن رجب: "والمسكوت عنه ما لم يذكر حكمه بتحليل ولا إيجاب ولا تحريم، فيكون معفواً عنه، ولا حرج على فاعله"(٣٦).

واستخلص الأصوليون والفقهاء من الكتاب والسنة قواعد كبرى منها: دفع الضرر ورفع الحرج، وفرعوا عنها: قاعدة الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع.

والأصل معناه: القاعدة التي يبنى عليها أمر الإباحة والتحريم، فيقال مثلاً: الأصل في الأشياء الحل، وهو الإذن بفعل الشيء أو تركه.

فالمنافع كما يقول الشاطبي: "ليس أصلها الإباحة بإطلاق، والمضار ليس أصلها المنع بإطلاق، بل الأمر في ذلك راجع إلى ما تقوم به الدنيا والآخرة، وإن كان في الطريق ضرر ما متوقع، أو نفع ما مندفع"(٣٧).

دليل من المعقول: إن الأصل في البصمة الوراثية وغيرها من كل مستحدث لم يرد في شأنه نص خاص، وكان مما يشتمل على مصالح ومنافع للناس، الأصل فيه الإباحة لما يلي:

الأول: أن التحريم ما لم يرد بشأنه نص – لمجرد أنه مسكوت عنه – يعتبر من باب التكليف بدون بيان، وهو تكليف بما لا يطاق، وهو أمر قبيح، تعالى الله عنه علواً كبيراً(٣٨).

---

(٣٣) رواه الدار قطني في السنن، القاهرة: دار المحاسن للطباعة، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م، ج٤، ص١٨٣، ١٨٤، ورواه أيضاً الطبراني في الكبير، ج٢، ص٥٨٩. وقال ابن رجب: حديث حسن.

(٣٤) المستدرك على الصحيحين للحاكم، بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨هـ–١٩٧٨م، ج٢، ص٣٧٥، وقال: صحيح الإسناد على شرط الشيخين (أي البخاري ومسلم) وقال ابن حجر الهيثمي: رواه البراز والطبراني في الكبير وإسناده حسن ورجاله موثقون، مجمع الزوائد، بيروت: دار الكتاب العربي، ط٣، ١٤٠٣هـ–١٩٨٢م، ج١، ص١٧١.

(٣٥) سورة مريم، الآية ٦٤.

(٣٦) ابن رجب، نفس المصدر، ص١٥٣، ١٦٣.

(٣٧) الموافقات للشاطبي، بيروت: دار المعرفة، دون تاريخ، ج٢، ص٤١.

(٣٨) أصول الفقه للشيخ محمد الخضري، ص٣٥٥، مصدر سابق.

الثاني: أن البصمة الوراثية في حكم المنصوص على طلبها، وحسبنا قوله تعالى: ﴿وَفِيٓ أَنفُسِكُمۡۚ أَفَلَا تُبۡصِرُونَ﴾(٣٩).

وتدخل بذلك البصمة الوراثية وأشباهها، إن لم تدخل مع نصوص الأمر بالتداوي والتثبت من الأمور وغير ذلك من الأحكام العامة في المعفو عنه، وبذلك يكون العمل بها مباحاً شرعاً ولا تدخل في دائرة التحريم.

وخلاصة القول:

إن البصمة الوراثية من حيث كونها دليلاً حسياً وعلمياً وقطعياً في تحديد الهوية الشخصية للإنسان تدور بين السبب والشرط والمانع، فتكون سبباً إذا رتب الشارع الحكم على دليل حسي كما في ثبوت النسب بين المتنازعين في وطء الشبهة مثلاً، حيث اعتبر الإسلام الشبه سبباً في ثبوت هذه الحالة وأمثالها.

وتكون البصمة الوراثية شرطاً في كل ما وضع الشارع لقبوله شرط موافقة الحس والعقل، كما في حالة ثبوت النسب بالفراش وكون الزوج لم يبلغ الحلم. وتكون البصمة الوراثية مانعاً شرعياً من قبول كل ما وضع له شرط موافقة الحس في تحديد الهوية إذا تعارضت البصمة الوراثية معه.

(٣٩) الذاريات، الآية ٢١.

الفصل الثاني
الإثبات الجنائي والبصمة الوراثية

ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: ماهية الإثبات الجنائي والدليل المادي في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي.

المبحث الثاني: الإشكال القانوني ومدى الخصوصية المتعلقة بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

تقديم:

نوضح في هذا الفصل المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي.

المبحث الأول
ماهية الإثبات الجنائي والدليل المادي في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: ماهية الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي.

المطلب الثاني: مفهوم الدليل المادي في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي.

المطلب الثالث: تكييف البصمة الوراثية كقرينة بين القوة والضعف.

المطلب الأول
ماهية الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي

تعني كلمة الإثبات في اللغة:

الإثبات من ثبت الشيء ثبوتاً دام واستقر، فهو ثابتٌ، وأثبت الكاتب الاسم كَتَبه عنده(٤٠).

وأثبته السقم إذا لم يفارقه، ومنه قوله تعالى: ﴿لِيُثْبِتُوكَ﴾(٤١)، أي يجرحوك جراحة لا تقوم معها(٤٢).

(٤٠) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري . دار الكتاب الإسلامي، ٤/٤٨٧.
(٤١) الإنصاف للمرداوي ١١/٢٤٩.
(٤٢) مختار الصحاح، مادة (ثبت) ١/٣٥، ولسان العرب، مادة (ثبت) ٢/١٩.

أما في الاصطلاح: فقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات:

يؤخذ من كلام فقهاء الحنفية أن الإثبات هو إقامة البينة[٤٣] على حق أمام القاضي".

قال الكاساني: "الإثبات وسيلة إلى الاستيفاء"[٤٤].

وقال الزيلعي: "البيانات شُرِّعت للإثبات، لأنها وإن كانت في الحقيقة مبيِّنة مظهرة لكنها أخذت حكم الإثبات، إذ الأحكام تثبت بأسبابها، فصارت كالعِلل الشرعية فإنها أمارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الإثبات"[٤٥].

وعرفه المالكية بأنه: "إظهار الحجة الشرعية وكمال النظر فيها"[٤٦].

وعرف الشافعية الإثبات بقولهم: "الإثبات أي إقامة البينة"[٤٧].

وعرف الحنابلة الثُّبوت بقولهم: "الثبوت حُجَّة بمنزلة الشهادة"[٤٨].

يتبين مما سبق من أقوال الفقهاء أن الإثبات عبارة عن إقامة البينة أو إظهار الحجة الشرعية عند القاضي لإظهار الحق.

في حين يعني الإثبات في قانون الإجراءات الجزائية الكويتي:

إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي حددها القانون، ووفق المادة رقم (١٠٠) من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي، والقواعد التي أخضعها لها.

وهذا يعني وفقاً لهذا التعريف: أن نطاق الإثبات الجنائي لا يقتصر على إقامة الدليل أمام قضاء الحكم، بل إنه يتسع لإقامته أمام سلطات التحقيق، بل وسلطات الاستدلال كذلك، ويعني ذلك أيضاً أن نطاق هذه النظرية أوسع من أن ينحصر في

---

(٤٣) "البينة هي الحجة القوية" جمعية المجلة١،/٣٣٨.

(٤٤) "قال ابن عباس ومجاهد وقتادة "ليثبتوك" ليقيدوك، وقال عطاء ليحبسوك قال السدي الإثبات هو الحبس والوثاق"، انظر: تفسير القرآن العظيم، الحافظ ابن كثير، طبعة دار الفكر، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، ٣/٤٧٥.

(٤٥) "البينة هي الحجة القوية" جمعية المجلة، المجلة ١/٣٣٨.

(٤٦) الذخيرة: شهاب الدين القرافي، دار الغرب بيروت، ١٩٩٤م، ١٠/٧٣.

(٤٧) أسنى المطالب شرح روض الطالب، القاضي أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، ٤/٤٨٧.

(٤٨) قال القرافي: "إن إظهار الحجة الشرعية وكمال النظر فيها وإثبات وترتيب مقتضاها عليها من اعتقاده الاستحقاق وتصريحه بتلك حكم وإلزام الخصم وقهره لرفع الحق تنفيذ، فهذا هو الفرق بين الإثبات والحكم والتنفيذ" الذخيرة ١٠/٧٣.

مرحلة المحاكمة، وتعبير إقامة دليل يشمل التنقيب عنه، ثم تقديمه، ثم تقديره، حيث أخضع واضع القانون كل ذلك لقواعد مُحكَّمة، ومن ثم ساغ القول بأن الإثبات هو تنقيب عن الدليل وتقديمه وتقديره(٤٩).

وقيل: "إن الإثبات هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة، وعلى نسبتها إلى المتهم" فيراد به إثبات الوقائع لا بيان نظر واضع القانون وحقيقة قصده(٥٠).

المطلب الثاني
مفهوم الدليل المادي في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي

وذلك من خلال تحديد مفهوم الدليل المادي في اللغة والاصطلاح في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات الكويتي كما سأوضحه تباعاً.

الفرع الأول
تحديد مفهوم الدليل المادي في اللغة وفي الفقه الإسلامي

تعني المادة كل شيء يكون مداداً لغيره(٥١)، أو هي كل جسم ذي امتداد ووزن، ويشغل حيزاً.

ومادة الشيء عناصره التي يتكون منها حسية كانت أو معنوية كمادة الحديد ومادة الطين، ومادة البحث العلمي وكل ما يمكن لمسه أو فهمه وتجمع على مواد(٥٢)، وهذا مؤداه أن معنى "الدليل المادي" أنه الشيء المحسوس الذي يرشد أو يهدي أو يدل على واقعة محددة أو أمر معين.

---

(٤٩) د. محمود نجيب حسني، الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية، ص٥٣.

(٥٠) انظر: الطعن ٩٥/٣٣٠ جزائي جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢، مجموعة القواعد القانونية، ص٥٤. وقضت فيه محكمة التمييز "العبرة في الإثبات في المواد الجزائية هو باقتناع المحكمة واطمئنانها إلى الأدلة المطروحة عليها، وكان لا يشترط لاعتبار الشخص حائزاً لمادة المخدر أن يكون محرزاً مادياً لهذه المادة، بل يكفي لاعتباره كذلك أن يكون سلطانه مبسوطاً عليها ولو لم تكن في حيازته المادية أو كان المحرز للمخدر شخصاً غيره" انظر: قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية والتعليق على نصوصه، ص٤٠٨. د. محمد أحمد محمود، الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي، القرائن – المحررات – المعاينة، ص٨، الطبعة الثانية ٢٠٠٢م، المكتب الفني للإصدارات القانونية.

(٥١) لسان العرب، مادة (مدد) ٣/٣٩٧.

(٥٢) مختار الصحاح، مادة (مدد) ١/٢٥٨.

أما مفهوم الدليل[٥٣] المادي اصطلاحاً: في ضوء الفقه الإسلامي فإنه يمكن استخلاصه مما يسمى بالوقائع المادية المحيطة بالواقعة، والتي تعرف بمسمى القرينة، وفي هذا الصدد.

جاء في الطرق الحكمية[٥٤]: "ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق عند المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار، لأنهما خبران[٥٥]، يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه أية شبهة".

وصفوة القول أن الدليل المادي في قانون الإجراءات الكويتي يقابله في الفقه الإسلامي بالقرينة، وهذا يستلزم التعرف على معنى ومفهوم القرينة وأقسامها وشروط العمل بها، لأهمية الاعتماد عليها في الفقه الإسلامي.

معنى القرينة في اللغة والاصطلاح:

القرينة لغة: مأخوذة من قرن الشيء بالشيء، أي: شده إليه، ووصله به، كجمع البعيرين في حبل واحد، وكالقرن بين الحج والعمرة، أو كالجمع بين التمرتين أو اللقمتين عند الأكل، وتأتي المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة، ومنه ما يطلق على الزوجة قرينة، وعلى الزوج قرين[٥٦].

وعرف الفقهاء القرينة في الاصطلاح بتعاريف كثيرة منها:

تعريف الشريف الجرجاني[٥٧] لها: "بأنها أمرٌ يشير إلى المطلوب"[٥٨].

---

(٥٣) الدليل في اصطلاح الفقهاء: هو ما يلزم من العلم به بشيء آخر، فإذا أعلم المدعي القاضي بحجته على دعواه لزم من علم القاضي بتلك الحجة مع اقتناعه بها علمه بصدق دعوى المدعي فيما ادعاه. وقيل: أيضاً ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري، وقيل: ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى العلم بالغير، وقيل: ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر. انظر فيما تقدم: التعريفات للجرجاني، ص٩٣.

(٥٤) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية: لابن قيم الجوزية، اعتنى به أحمد الزغبي . شركة دار الأرقم . طبعة دار الكتب العلمية، ص٨.

(٥٥) خبران: مثنى خبر والخبر هو: الكلام المحتمل للصدق والكذب لذاته، عدا أخبار الأنبياء والمرسلين لأنهم معصومون من الكذب، انظر: التعريفات للجرجاني، ص٨٥.

(٥٦) مختار الصحاح، ص٥٥٩.

(٥٧) هو: علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف، أبو الحسن، الجرجاني، الحسيني، عالم، حكيم، مشارك في أنواع من العلوم، فريد عصره، سلطان العلماء العاملين، افتخار المفسرين، ذي الخلق والخلق والتواضع مع الفقراء. ولد في تاكو (قرب أستراباد) ودرس في شيراز وتوفي بها. من تصانيفه: "التعريفات"، الضوء اللامع ٣٢٨/٥، والفوائد البهية ١٢٥، ومعجم الفقهاء ٢١٦/٧، والأعلام ١٥٩/٥.

(٥٨) التعريفات للجرجاني ٢٢٣/١.

ويختلف الأمر عند المعاصرين، فهناك عدة تعاريف لها، منها قول هي: كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدلُّ عليه(٥٩).

وقول البعض الآخر: ما تدلُّ على أمر خفيّ مصاحب لها بواسطة اجتهاد أو فهم يفيضه الله "تعالى" على من يشاء من عباده(٦٠).

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية القرينة القاطعة في المادة رقم (١٧٤١) بأنها: "هي الأمارة البالغة حد اليقين"(٦١).

ومن هذه التعريفات السابقة يلاحظ – وإن اختلفت كلماتها – أنها متفقة أن القرينة أمرٌ أو أمارة تدل على أمر آخر وهو المراد، ومعنى ذلك أن هناك مجهولاً يراد معرفته فتقوم القرينة بالدلالة عليه، وكشف حقيقتها، وهذا المعنى في ذاته لا يختلف عن المعنى اللغوي.

الفرع الثاني
مفهوم الدليل المادي في قانون الإجراءات الكويتي

تباينت كلمة شراح القانون في تعريف الدليل الجنائي فعرفه بعضهم بأنه: الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول للحقيقة التي ينشدها، أي: أن هذا الدليل يكون بذاته وسيلة إقناع القاضي للوصول للحقيقة حتى يتسنى له إصدار حكم في القضية التي يتصدى لها(٦٢).

وعرفه البعض(٦٣): بأنه الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على إثبات اقتناعه بالحكم الذي ينتهي إليه(٦٤)، ومؤدى تلك التعريفات السابقة أن التعبير عن الدليل بأنه الوسيلة أدق من التعبير عنه بأنه الواقعة، وذلك لأن الواقعة تطلق على الجريمة نفسها لا على دليلها، وأما الوسيلة فتطلق على ما يتوصل به إلى الشيء،

(٥٩) د. مصطفى الزرقا المدخل الفقهي، العام، ٩١٨/٢، دار الفكر ١٣٨٧هـ- ١٩٦٨م. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٧٨٢/٦.

(٦٠) د. عبدالعال عطوة محاضرات في علم القاضي والقرائن، مذكرات على الآلة الضاربة، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض، ص٢٨.

(٦١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، دار الكتب العلمية ٣٥٣/٣.

(٦٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط، ص٣٤٥.

(٦٣) د. مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، ص٧٦٤.

(٦٤) د. عبدالوهاب حومد، الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي، ص٢١، ٢٢، وانظر في هذا المعنى: د. محمد أحمد محمود، الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي، ص١١.

وهذا عمل الدليل، كما عرفه البعض الآخر من شراح القانون[٦٥]، بأنه: كل إجراء معترف به قانوناً لإقناع القاضي بحقيقة الواقعة[٦٦].

أهمية الدليل الجنائي:

يسود الاعتقاد عند رجال القانون أن الدليل يعتبر بالنسبة للحق بمثابة الروح بالنسبة للجسد، فهو قوام وجوده وحياته ومعقد النفع فيه حتى تكون له قيمة علمية وثمرة ذاتية[٦٧].

وتستقيم مقومات الحق واقعاً بحكم إثبات مصدره، وقانوناً بحكم إلزامه، ومن ثم: عنيت مباحث الإثبات في الأنظمة القانونية المعاصرة ونظرياتها إلى تعريف ماهية الأدلة التي تحفظ بها الحقوق، وتشهد عليها، وبيان أمثل الطرق لتحقيق هذه الأدلة واستنباطها، وضبط مراتب قوتها وحدود إلزامها، وأضافت عبء البينة على عاتق الادعاء، ورسمت للقضاة دائرة تتناهى عندها الأدلة في جو الخصومات المحفوف بمكاره الشبهات والزيف والباطل، حيث يقف على علم ظني راجح أو قاطع يهيئ له سبيل قطع الخصومة بأمر له حجيته يمثل حقيقة قضائية تطابق في الأعم الأغلب حقيقة الواقع المطروح عليه[٦٨].

ولقد أصبح للدليل الجنائي أهمية أكبر في نطاق السياسة الجنائية حيث تهدف هذه السياسة إلى تقدير الجزاء الذي يتلاءم مع شخص المتهم.

المطلب الثالث
تكييف البصمة الوراثية كقرينة بين القوة والضعف

تتميز البصمة الوراثية على هوية كل إنسان أو حيوان بعينه، وهي أفضل وسيلة علمية للتحقق من الشخصية، عن طريق أي خلية من خلايا جسم الإنسان أو الحيوان، ولا شك أن للبصمة الوراثية عدة ثمرات تميزها عن غيرها بحيث لا يتشابه فيها أحد من البشر ويمكن الاستفادة منها شرعاً في كثير من المسائل.

---

(٦٥) د. محمد زكي أبوعامر، الإجراءات الجنائية، ص٨١٥.

(٦٦) د. محمد زكي أبوعامر، الإجراءات الجنائية، ص٨١٥.

(٦٧) اللواء د. أحمد أبو القاسم، الدليل الجنائي، ص١٤٤.

(٦٨) انظر: ما حكمت به محكمة التمييز، الطعن ٩٦/٢٤١ جزائي، جلسة ١٩٩٧/٣/٢٤م، مجموع القواعد القانونية، ص٥٤، ٥٥، "الأصل في المحاكمات الجزائية هو اقتناع القاضي بناء على الأدلة المطروحة عليه بإدانة المتهم أو براءته وله أن يكون عقيدته من أي دليل يرتاح إليه إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه"، وانظر: الطعن ٣٠٤/٢٠٠٠م والطعن ١٠٦/ ٢٠٠١م جزاء جلسة ٢٠٠١/١٠/٩.

وبذلك تعد البصمة الوراثية قرينة نفي وقرينة إثبات في آن واحد، حسب رأي الهيئات الإسلامية ورأي فقهاء العصر حول البصمة الوراثية وتكييفهم لها كالتالي:

أولاً: تكييف المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي للبصمة الوراثية:

١ – البصمة الوراثية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي: اعتبر المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، في قراره الثاني من قرارات الدورة الخامسة عشرة، أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، وذلك بناء على ما أفادته البحوث والدراسات العلمية، كما قام المجمع بتشكيل لجنة لاستكمال دراسة الأبحاث والدراسات والمستجدات المتعلقة بالبصمة الوراثية وتقديم النتيجة خلال الدورة السادسة عشرة.

٢ – البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم، وفي إسناد العينة إلى صاحبها.

حيث تضمن القرار السابع من قرارات الدورة السادسة عشرة ما نصه:

"بعد الاطلاع على ما اشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشرة بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية، تبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم أو المني أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها".

٣ – إن الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هي، وإنما في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك.

ثانياً: تكييف ندوة (الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني رؤية إسلامية) للبصمة الوراثية، إذا توصلت هذه الندوة إلى أن البصمة الوراثية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية، لاسيما في مجال الطب الشرعي وهي ترقى إلى مستوى القرينة القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير الحدود الشرعية(٦٩).

(٦٩) قامت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الحادية عشرة التي عقدت في الكويت في ٢٣ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ، الموافق ١٩٩٨/١٠/١٣ حول موضوع (الوراثة والهندسة الوراثية والعلاج الجيني) بعقد الحلقة بشكل موسع وذلك بتاريخ ٢٩/٢٨ محرم ١٤٢١هـ، (الموافق ٣–٤ مايو ٢٠٠٠م).

ثالثاً: تكييف بعض الفقهاء المعاصرين للبصمة الوراثية:

١ – يرى الأستاذ الدكتور سعد الدين هلالي رئيس قسم الأصول بكلية الشريعة بجامعة الكويت سابقاً أن "البصمة الوراثية قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشك في جرائم السرقة والقتل والاغتصاب والجرائم الجنسية(٧٠).

٢ – يرى الدكتور نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية سابقاً أن: "البصمة الوراثية تعد قرينة من القرائن القطعية الدالة على اتهام الشخص بارتكاب الجريمة".

٣ – يرى الدكتور علي محي الدين القرة داغي أستاذ ورئيس قسم الفقه والأصول بكلية الشريعة بجامعة قطر أن: البصمة الوراثية مقبولة شرعاً لكشف الجرائم والمجرمين، ولا تقل نتائجها عن الظن القوي جداً الذي يكاد يصل إلى مرحلة القطع واليقين(٧١).

٤ – يرى الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، رئيس قسم الفقه ومذاهبه بكلية الشريعة بجامعة دمشق أن: "البصمة الوراثية لا تصلح وسيلة إثبات مستقلة ولا ببينة قاطعة، لكنها تصلح قرينة لتكوين قناعة القاضي، ومساعدة قضاة التحقيق في اكتشاف الجريمة(٧٢).

ويتبين مما سبق أن الجميع يكيف البصمة الوراثية على أنها قرينة، إلا أن هناك من أوصلها للقطعية، وهناك من جعلها ضعيفة.

والذي يظهر لي أن البصمة الوراثية قرينة قوية وقطعية في الإثبات الجنائي وكذلك إثبات النسب، وإذا اعتراها ضعف فإنه ليس عائداً لأساسها العلمي وقوة دلالتها، ولكنه عائد إلى التدخل الإنساني والتقني وقابليته لإحداث الخطأ فيها.

المبحث الثاني
المشاكل القانونية ومدى الخصوصية المتعلقة بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

مقدمة:

من خلال هذا المبحث يتبين في ثلاثة مطالب كيفية مواجهة استعمال البصمة الوراثية في الواقع العلمي لكشف الجريمة وغيرها لبعض المشاكل القانونية التي قد

(٧٠) البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، مرجع سابق، ص٢٧٣.
(٧١) البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٢٩، ٣٠.
(٧٢) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص٢١.

أثيرت حولها عندما يتم أخذ عينة من المتهمين لعمل الفحص والمقارنة عليها مع العينات المرفوعة من مسرح الجريمة على النحو التالي:

المطلب الأول: مدى الخصوصية المتعلقة بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: بيان مدى الخصوصية والمشكلة القانونية في إصدار القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلق بالبصمة الوراثية.

المطلب الثالث: معالجة المشكلة القانونية في القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلقة بالبصمة الوراثية عن طريق المحكمة الدستورية.

المطلب الأول
مدى الخصوصية(٧٣) المتعلقة بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي

يثار تساؤل هل يجوز إجبار المتهم للخضوع لفحص البصمة الوراثية ما يتعارض مع حقوق المتهم، والتعرض لسلامته الجسدية؟

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي يتضح أنه ليس في فحوص البصمة الوراثية ما يتعارض مع حقوق المتهم، أو التعرض لسلامته الجسدية، إذا كان ذلك في إطار المصلحة العامة، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام(٧٤) شريطة أن يؤمن معها الحيف على جسد المتهم، وأن تكون بناء على إذن من ولي الأمر أو من يقوم مقامه، فلا ضرر ولا ضرار في الشريعة الإسلامية.

كما يرى بعض فقهاء الإسلام المعاصرين جواز الإجبار على أخذ العينة في الإثبات المدني، نزولاً على مقتضى الدليل العلمي، إذا كان الإثبات متصلاً بالمصلحة العامة، كما في فحص الحامل التي ترجح القرائن وجود المرض الوراثي الخطير في الجنين(٧٥)، فمن باب أولى أن يطبق هذا الرأي في الإثبات الجنائي الذي يتجه أساساً إلى تحقيق مصلحة المجتمع وأمنه.

---

(٧٣) تعريف الحق في الخصوصية الجينية بأنه "حق المرء في أن يقرر لنفسه ما هي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها، وحقه في أن يقرر ماهية هذه المعلومات التي يرغب هو في معرفتها عن نفسه" انظر: Protecting genetic privacy,thegenetic issues in mental retardation,a report on the Arc s Human Genome Education project, vol, 2, no.1, june 1997, p.1..

(٧٤) مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، إبراهيم أبو الوفاء، ص٦٩٨.

(٧٥) التحليل الجيني وحجيته في الإثبات الجنائي، محمد بدر الميناوي، بحث مقدم لمؤتمر =

المطلب الثاني
بيان مدى الخصوصية في إصدار القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلقة بالبصمة الوراثية

أولاً: يواجه استعمال البصمة الوراثية بعض المشاكل القانونية التي قد تُثار حولها عندما يتم أخذ عينة من المتهمين لعمل الفحص والمقارنة عليها مع العينات المرفوعة من مسرح الجريمة.

ومن هذه المشاكل القول بأنها تنطوي على المساس بسلامة جسد الإنسان والتعرض لحرمة حياته الخاصة.

أما فيما يتعلق بالمساس بسلامة جسد الإنسان عند أخذ عينة منه بدون رضاه، فإن هذا مردود عليه بأن الاتهام بجريمة يجيز أخذ عينة من الدم بدون رضا المتهم، وذلك لأن التعرض للجسد في مثل هذه الحالة يعد بمثابة تفتيش في جسد المتهم، وهذا ما تجيزه القوانين والدساتير في حالة الاتهام بجريمة(٧٦).

أما بشأن التعرض لحرمة حياته الخاصة فإن الفحص لا يراد منه الوقوف على الخصائص الوراثية، وإنما لأغراض تحديد الهوية.

كما يثار تساؤل: هل يجوز إجبار المتهم للخضوع لفحص البصمة الوراثية خلافاً لقاعدة عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه؟

تنحو التشريعات في الإجابة على هذا التساؤل منحيين(٧٧):

الأول: يرى أن الإثبات في المواد الجزائية يتسم بطابع القسر والقهر لمعرفة الحقيقة وكشف الجرائم، بالتالي يجوز إخضاع المتهم للفحص ولو بالإجبار وهذا معمول به في الدول الإسكندنافية، واسكتلندا، وألمانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، وأستراليا.

والثاني: يرى أنه لا يجوز إجبار المتهم على الخضوع للفحص وتقديم دليل ضد

= الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات للفترة من ٢٢-٢٤ صفر ١٤٢٣هـ، مجلد ٢، ص٨٠٦.

(٧٦) دور البصمة الوراثية في الإثبات، غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص٤٩٦.

(٧٧) البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، وليد عاكوم، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد بجامعة الإمارات للفترة من ٢٢-٢٤ صفر ١٤٢٣هـ، المجلد الثاني، ص٥٤٥.

نفسه، لأن ذلك يتعارض مع حقوق الإنسان وشرعية الإثبات، وهذا المعمول به في بريطانيا، وإيرلندا، وفرنسا، وأيضاً الكويت حسب حكم المحكمة الدستورية مؤخراً.

المطلب الثالث

معالجة المشكلة القانونية في القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ المتعلق بالبصمة الوراثية عن طريق المحكمة الدستورية

أصدر واضع القانون الكويتي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية، والذي ألزم بمقتضاه جميع المواطنين والمقيمين والزائرين وكل من دخل الأراضي الكويتية أن يقدموا عينة بصمتهم الوراثية متى طلب منهم ذلك، وفي الوقت المحدد لهم (المادتان ٤، ١١ من القانون)، وقد جرم الشارع الامتناع عمداً دون عذر مقبول عن إعطاء العينة الحيوية الخاصة به، أو بمن له عليهم ولاية أو وصاية أو قوامة، وعاقب على الجريمة بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين (المادة ٨). وقد نصت المادة الخامسة من القانون على أن: "للجهات المختصة بالتحقيق والمحاكمة الاستعانة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية في الأمور الآتية:

- تحديد ذاتية مرتكب الجريمة وعلاقته بها.
- تحديد ذاتية المشتبه فيهم والتعرف على ذويهم.
- تحديد أشخاص الجثث المجهولة.
- أي حالات أخرى تقتضيها المصلحة العليا للبلاد، أو تطلبها المحاكم أو جهات التحقيق المختصة".

كما أجاز تبادل البيانات والمعلومات بشأن البصمات الوراثية مع الجهات القضائية الأجنبية والمنظمات الدولية وفقاً لأحكام القوانين المعمول بها في دولة الكويت، بشرط المعاملة بالمثل(المادة ٧).

وقد نص كذلك على أن تكون البيانات المسجلة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية سرية، ولقاعدتها صفة المحررات الرسمية، ولا يجوز الاطلاع عليها بغير إذن من النيابة العامة أو المحكمة المختصة (المادة ٦)، وجرم فعل إفشاء الأسرار أو بيانات البصمة الوراثية، التي يكون الموظف قد اطلع عليها بمقتضى عمله (المادة ٩).

التعليق على واضع القانون الكويتي:

في تقديرنا أن خطة واضع القانون الكويتي تتسم بالتوسع الشديد في نطاق الأشخاص الذين يلتزمون بإعطاء بصمتهم الجينية، فواضع القانون لا يقتصر على

الحصول على البصمة الجينية في بعض الحالات التي تقتضي ذلك، وإنما وسع دائرة الأشخاص الذين يخضعون لهذا الواجب ليشمل من يتواجد على الأراضي الكويتية لأي سبب، ومن المقرر أن نتائج الفحص الجيني تؤدي إلى الكشف عن الكثير من أسرار الشخص وأقربائه، وأن قيمتها التنبئية تزداد مع الوقت، وقد يساء استغلال نتائجها أو تفسيرها، الأمر الذي حرصت معه خطة التشريعات المقارنة على إسباغ حماية قانونية للحق في الخصوصية الجينية، باعتباره أحد التطبيقات المهمة للحق في الخصوصية.

وفي تقديرنا أن ما نص عليه الشارع ينال من الحق في الخصوصية، ويفرغ من الحماية الدستورية له من كل مضمون، وينطوي على احتمال المساس الجسيم بحقوق الأفراد، ويخرج عن الضرورة التشريعية، التي قوامها أن يكون تقييد الحرية بالقدر اللازم للحفاظ على حقوق الغير. وما نص عليه واضع القانون من تجريم الامتناع عن تقديم العينة الجينية قد ينال من قاعدة مهمة هي أنه لا يجوز إجبار الشخص على أن يقدم دليلاً ضد نفسه. وتفسير ذلك أن الأوامر الماسة بالحرية الصادرة ضد المتهمين، تنفذ بالقوة دون أن يتوقف ذلك على رضا من صدرت ضده، غير أن واضع القانون لا يجوز له أن يجعل من رفض الشخص الامتثال للأمر الصادر ضده مشكلاً لجريمة، فعلى سبيل المثال فإن أوامر القبض وتفتيش شخص ومسكن المتهم والاطلاع على حساباته والتنصت على محادثاته، لا تتم برضائه، وإنما جبراً عنه، وإذا رفض الشخص الخضوع للأمر، جاز تنفيذه بالقوة الجبرية، غير أن هذا الرفض لا يجوز بأي حال أن يشكل جريمة، وذلك لأن كل متهم له الحق في أن يمتنع عن أن يقدم دليلاً ضد نفسه، فله الحق في الصمت، وفي الامتناع عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه، وله الحق في أن يمتنع عن الخضوع للفحص الطبي، وهذا الامتناع لا يجوز أن يعتبر جريمة، لأن مقتضى ذلك معاقبة المتهم عن فعل واحد مرتين، فهو سيؤاخذ عن الجريمة المنسوب إليه ارتكابها، وسيؤاخذ كذلك عن جريمة الامتناع عن إعطاء العينة التي يراد من أخذها إثبات الجريمة الأولى، فكأنه سئل عن جريمتين، على الرغم من أن الجريمة الثانية هي مجرد امتداد للأولى وليست مستقلة عنها، بل هي ضرب من ضروب الدفاع يملكه المتهم(٧٨).

ويؤخذ على خطة واقع القانون الكويتي كذلك أن جمع معلومات وبيانات عن

(٧٨) الخصوصية الأجنبية في الإجراءات الجنائية، أ. د. أشرف توفيق شمس الدين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١٠، السنة الثالثة، يونيو ٢٠١٥، ص٨١٥-٨١٩.

الأشخاص دون تمييز يتنافى مع كافة النصوص الدستورية والقانونية، فمن المقرر أن جهات الضبط والتحقيق لا تملك تفتيش منطقة سكنية بأكملها أو بناية سكانية يتعدد القاطنون لها، بهدف ضبط جريمة معينة، وليس بمقدورها تفتيش السيارات كافة التي تسير في الطرقات، كما أنه لا يجوز لها مراقبة الهواتف والمراسلات عشوائياً، ومن المستقر عليه قضائياً أن الاستيقاف العشوائي هو أمر محظور، فلا يجوز استيقاف الناس موضع الشبهات، حتى يمكن استيقافه واستكشاف أمره. أما الحصول على البصمة الوراثية للناس كافة وبدون تمييز، هو أمر يزيد في خطورته عن الإجراءات السابقة والتي من المتفق عليه فقهاً وقضاء أنها لا تباشر بوجه عام وبدون تمييز.

ويؤخذ على خطة واضع القانون أنه عامل البصمة الوراثية، وكأنها بصمة إصبع عادية وهي وجهة محل نظر، فبين البصمتين اختلاف كبير، فقد سبق القول إنه بمقدور البصمة الوراثية أن تفصح عن الكثير من المعلومات عن الشخص وأقربائه، وهو ما جعل كافة التشريعات المقارنة تتحرز في الحصول عليها، أو في حفظها أو في إفشاء نتائج تحليلها.

وعلى الرغم من أن الشارع قد نص على أن البيانات المسجلة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية سرية، ولا يجوز الاطلاع عليها بغير إذن من النيابة العامة أو المحكمة المختصة (المادة ٦ من القانون)، فإن هذا النص قد يتعارض مع نصوص أخرى، فالمادة السابعة من القانون على سبيل المثال تنص على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون دولة الكويت طرفاً فيها يتم تبادل البيانات والمعلومات بشأن البصمات الوراثية مع الجهات القضائية الأجنبية والمنظمات الدولية وفقاً لأحكام القوانين المعمول بها في دولة الكويت بشرط المعاملة بالمثل". فهذه المادة تعطي الحق لأجهزة الضبط في تبادل البيانات والمعلومات لجهات أجنبية، إذا كانت هناك اتفاقية دولية انضمت إليها الدولة أو كان هناك اتفاق بينها وبين دولة أخرى على تبادل المعلومات الأمنية، ولا يخفى خطورة تبادل معلومات تتسم بالحساسية الكبيرة للشخص بدون ضوابط واضحة وكافية[٧٩].

وإذا كان واضع القانون قد أناط بالنيابة العامة أو المحكمة المختصة سلطة الاطلاع على المعلومات الجينية المسجلة بقاعدة البيانات، فإن هذا النص أو غيره من نصوص لا يفترض وجود رقابة قضائية من أي نوع على قواعد حفظ هذه البيانات.

(٧٩) الخصوصية الأجنبية في الإجراءات الجنائية، أ. د. أشرف توفيق شمس الدين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١٠، السنة الثالثة، يونيو ٢٠١٥، ص٨١٩.

ومن ناحية أخرى فإن تولي النيابة العامة التحقيق الابتدائي والعهد إليها بسلطة اتخاذ الأوامر الماسة بالحرية الشخصية، هو اتجاه مرجوح في خطة التشريعات المقارنة التي تجعل سلطة اتخاذ هذه الأوامر لقاض بالمعنى الدقيق، ومثال ذلك القانون الفرنسي والأمريكي. وفي بعض النظم الإجرائية المقارنة كالقانون الألماني، فإن النيابة العامة تتولى سلطة التحقيق الابتدائي غير أنه لا يجوز له أن يتخذ الأوامر الماسة بالحرية الشخصية(٨٠)، ومن بينها سلطة أخذ العينة الجينية أو الاطلاع على قواعد البيانات المخزنة فيها، إذ يجب أن يكون ذلك بمعرفة قاض. وكان الأجدر بواضع القانون الكويتي بالنظر إلى خطورة الإجراء وأهميته أن يعهد به إلى المحكمة المختصة وحدها.

ومن المآخذ كذلك على خطة واضع القانون الكويتي، أنه جعل أخذ العينة الجينية وحفظها وتسجيل نتائجها خارج نطاق سلطة التحقيق والاتهام، فهو إجراء اعتبره الشارع إجراء إدارياً، غير أنه أناط بالسلطات القضائية سلطة الكشف عن المعلومات المسجلة، على الرغم من أن هذه السلطات لم تتدخل ابتداء في الإذن بالحصول على العينة أو تحليلها أو حفظها، بل إن هذه السلطات–كما سبق القول–ليس لديها الوسائل الفنية ولا القانونية للرقابة على حفظ هذه المعلومات أو الوقوف على ما إذا كان قد تم الكشف عنها أو تبادلها.

وينال من واضع القانون الكويتي أيضاً أن المادة الخامسة من القانون قد نصت على أن للجهات المختصة بالتحقيق والمحاكمة الاستعانة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية في الأمور الآتية: "تحديد ذاتية مرتكب الجريمة وعلاقته بها، تحديد ذاتية المشتبه فيهم والتعرف على ذويهم، تحديد أشخاص الجثث المجهولة"، غير أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة قد نصت على أن يكون ذلك أيضاً في: "أية حالات أخرى تقتضيها المصلحة العليا للبلاد أو تطلبها المحاكم أو جهات التحقيق المختصة"(٨١).

وهذه العبارة الأخرى هي عبارة تتسم بالمرونة وعدم التحديد، فما هي المصالح العليا للبلاد؟ ومن الذي يتولى تقدير وجودها؟ وهل يتطلب الأمر وجود تحقيق مفتوح عن جريمة معينة، أم أن الأمر يتسع إلى إجراءات الضبط الإداري الذي يسبق ارتكاب الجريمة؟

(٨٠) التوازن بين السلطة والحرية ووجوب تقييد سلطة النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، أ.د. أشرف توفيق شمس الدين، دراسة نقدية للقانون المصري مقارناً بالقانونين الألماني والفرنسي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠١٥.

(٨١) الخصوصية الجينية في الإجراءات الجنائية، أ. د. أشرف توفيق شمس الدين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١٠، السنة الثالثة، يونيو ٢٠١٥، ص٨١٥–٨١٦.

ثالثاً: وعليه تم الطعن المباشر بعدم دستورية القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية المرفوعة من: المواطن الكويتي.....والمقيد في سجل المحكمة الدستورية برقم (٩) لسنة ٢٠١٦ "طعن المباشر دستوري" لما فيه من مخالفات دستورية تشمل معظم موادها رقم (٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٣) من ذات القرار.

أولاً: استند الطاعن في طعنه في القانون سالف الذكر على سند حاصلة ما قد سلف ذكره، وأهمها الإخلال بحقوق كفلها الدستور كتلك المتعلقة بالحرية الشخصية المنصوص عليها في المادة (٣٠) من الدستور الكويتي، إذا أجبر المخاطبين بأحكامه على تقديم أجسادهم لأخذ عينات حيوية منها، بداعي الحصول على البصمة الوراثية، ثم تخزينها مع جواز تبادلها دولياً، فيكون أخذ البصمة الوراثية على النحو الذي تضمنه القانون مساساً بحق الفرد في عدم انتهاك خصوصيته، وحقه في حماية جسده من الاعتداء، وقد استدل الحكم بمحكمة حقوق الإنسان الأوروبية قد أمرت الشرطة البريطانية بمحو وتدمير قاعدة البيانات التي أنشأتها للبصمة الوراثية لأشخاص غير مدانين بأي جريمة، معتبرة إن إجبار الإنسان على تقديم بصمته الوراثية والاحتفاظ بها يعد مخالفة جسيمة لحقوق الإنسان، وآدميته، وخصوصيته وحقوق الأسرة.

ثانياً: إهدار القانون لأصل البراءة التي جبل الإنسان عليها الذي حرص الدستور على النص عليه في المادة (٣٤) منه، مفترضاً القانون أن جميع المواطنين والمقيمين والزائرين متهمون، وعليهم تقديم دليل براءتهم وذلك بتقديم عينة حيوية من أجسادهم للحصول منها على البصمة الوراثية وفحصها.

ثالثاً: إخلال القانون بمبدأ قوة المعاهدات الدولية ووجوب التزام الدولة بها بالمخالفة للمادتين (٧٠) و(١٧٧) من الدستور الكويتي، إذا خالف القانون أحكام اتفاقية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والتي صادقت عليها الكويت في ٢١ أغسطس ١٩٩٦، والتي نصت في المادة (١٧) منها على أنه: "١- لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصيته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حمالات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته، ٢- من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس".

كما أضاف الطاعن أنه كويتي الجنسية وهو من المخاطبين بأحكام هذا القانون مما يوفر له مصلحة في الطعن عليه بعدم الدستورية لقانون سالف البيان.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: أولاً: بعدم دستورية المواد (٢، ٤، ٨، ١١) من القانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ في شأن البصمة الوراثية.

ثانياً: بسقوط باقي مواد القانون لارتباط هذه المواد بالمواد المقضي بعدم دستوريتها ارتباط لزوم لا انفصام فيه(٨٢).

النتائج:

من خلال هذا البحث تبين لنا ما يلي:

١ – إن البصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية.

٢ – من ضوابط ممارسة البصمة الوراثية أن يتم إجراء التحليل بالبصمة الوراثية بإذن من القضاء وخاصة في قضايا النسب، وأن تتوافر في المختبرات العامة والخاصة الشروط والضوابط العلمية المعتبرة محلياً وعالمياً، وأن يكون القائمون على البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علماً وخلقاً.

٣ – إن البصمة الوراثية كشف حديث، وأن الحكم في الأشياء النافعة الإباحة تأسيساً على قاعدة براءة الذمة... وأن الحكم الشرعي للبصمة الوراثية تشخيصي لتعلقه بأفعال المكلف ويختلف باختلاف الظروف والملابسات المحيطة بها.

٤ – إن البينة في الفقه الإسلامي ليست الإثبات في القانون الوضعي، وأن الإثبات الجنائي في القانون الوضعي هو الوصول بالدليل المقدم في الدعوى الجنائية في مراحلها المختلفة وسواء بالنفي أو الإثبات وبطريقة مشروعة إلى مبلغ اليقين القضائي، وأن الأصل في المحاكمات الجنائية هو اقتناع القاضي بناء على الأدلة المطروحة عليه، فله أن يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة يرتاح إليها إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه، وأن الإثبات في الشريعة في جرائم الحدود عند جمهور الفقهاء يكون بالإقرار والشهادة وتدرأ الحدود بالشبهات.

٥ – إن البصمة الوراثية تعد دليلاً مادياً، والدليل المادي هو الحالة القانونية التي تنشأ نتيجة الأثر أو المخلفات المادية في مكان الجريمة أو في حوزة المتهم والتي تنشأ نتيجة الفحص الفني فتوجد صلة بينها وبين المتهم أو المتهمين في حال تعددهم.

٦ – يجب الاعتماد على البصمة الوراثية في المجال الجنائي كدليل مادي يستدل به

(٨٢) دولة الكويت المحكمة الدستورية صدر الحكم بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ١٥ من محرم ١٤٣٩هـ، الموافق ٥ أكتوبر ٢٠١٧م برئاسة السيد المستشار يوسف جاسم المطاوعة رئيس المحكمة.

على معرفة الجناة وإيقاع العقوبات المشروعة عليهم، لكن في غير قضايا الحدود، لأنها محددة بموجب نصوص شرعية، ولا يمنع توقيع عقوبة تعزيرية رادعة مناسبة.

٧ – إن طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية ليست محصورة في طرق معينة وإنما تشمل كل ما أبان الحق وأظهره.

٨ – إن الأخذ بتقنيات العصر– البصمة الوراثية– ذات الصلة بالعلوم الجنائية أمر ضروري تقتضيه مواكبة التطور الحضاري، سيما وأنه يتوافق مع التشريع الإسلامي الصالح لكل زمان ومكان.

٩ – إباحة العمل بالبصمة الوراثية شرعاً بناء على القول الراجح لجمهور الفقهاء من أن الأصل إباحة الأشياء النافعة التي لم يرد عن الشارع فيها حكم.

١٠– إن المعلومات الجينية ترتبط على نحو وثيق بالجانب الشخصي للفرد وتتسم بالحساسية، إذ من خلالها يمكن الوقوف على الكثير من أسرار الفرد ودقائق حياته، وهي لذلك تحتاج إلى أعلى درجات الحماية لضمان عدم استخدامها للإضرار بشخص صاحبها، ولذلك أصبح من المستقر عليه في خطة التشريعات المقارنة أن للفرد الحق في أن يقرر لنفسه ما هي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها، وألا يجبر الفرد على إعطاء عينة بصمته الوراثية.

١١– أظهرت الدراسة أن خطة واضع القانون الكويتي في قانون البصمة الوراثية لسنة ٢٠١٥ لا تسلم من النقد، لأنه ينال من حق الخصوصية، ويفرغ الحماية الدستورية له من كل مضمون، وينطوي على احتمال المساس الجسيم بحقوق الأفراد، ويخرج عن الضرورة التشريعية.

١٢– كما يؤخذ على واضع القانون الكويتي كذلك أن جمع معلومات وبيانات عن الأشخاص دون تمييز يتنافى مع جميع النصوص الدستورية والقانونية.

١٣– لا تخفى خطورة تبادل معلومات تتسم بالحساسية الكبيرة للشخص بدون ضوابط واضحة وكافية في حال طبقنا (المادة ٦ من القانون).

١٤– إن قرار المحكمة الدستورية بحكمها النهائي غير القابل للطعن بإلغاء قانون البصمة الوراثية، خطوة إيجابية نحو الصحيح انهت التعدي الخاطئ على الخصوصية للقانون الذي تم تشريعه بتسرع، وأسعفت المادتين ٣٠،٣١ من دستور الكويت اللتين تحميان الحق في الحرية والخصوصية الشخصيتين.

المصادر والمراجع

- الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية: د. محمود نجيب حسني، الطبعة الأولى دار النهضة.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري – دار الكتاب الإسلامي.
- أصول الفقه: للشيخ محمد الخضري، مصر، المكتبة التجارية، دون تاريخ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن نجيب – المتوفى سنة (٩٧٠هـ) – دار المعرفة، بيروت – الطبعة الثانية.
- بداية المجتهد: ابن رشد الحفيد، مصر، مطبعة البابي الحلبي، ١٩٧٥.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين بن مسعود الكاساني – المتوفى سنة (٥٨٧هـ) – دار الكتاب العربي – بيروت – الطبعة الثانية – (١٩٨٢).
- البصمة الوراثية في الإثبات: وليد عاكوم، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد بجامعة الإمارات للفترة من ٢٢–٢٤ صفر ١٤٢٣هـ، المجلد الثاني.
- البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية: الدكتور عبد الستار فتح الله سعيد.
- البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون: للمستشار د. فؤاد عبد المنعم أحمد، المكتبة المصرية، لوران الإسكندرية.
- البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية (دراسة فقهية مقارنة): أ. د. سعد الدين مسعد الهلالي، الكويت: مجلس النشر العلمي، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: د. وهبة الزحيلي، بحث مقدم إلى الدورة السادسة عشرة لمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، من ٢١–٢٦/١٠/ ١٤٢٢هـ، الموافق ١٠/١/٢٠٠٢.
- البيولوجيا الجزئية: بنالي مليكة، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين الزيلعي – المتوفى سنة (٧٤٣هـ) – دار الكتب الإسلامي – القاهرة – (١٣١٣هـ).
- التعريفات الفقهية: علي بن علي الجرجاني – دار الكتاب العربي – الطبعة الأولى – (١٤٠٥هـ). للجرجاني.

- توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، د. بدر خالد الخليفة، الكويت، طبع على نفقة المؤلف دون بيان للمطبعة أو الناشر، ١٩٩٦.
- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: بيروت، دار التراث العربي، طبعة ١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
- حجية البصمة الوراثية في الإثبات: توفيق سلطاني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية ٢٠١٠-٢٠١١.
- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة: زكريا الأنصاري، تحقيق مازن المبارك، بيروت، دار الفكر المعاصر، طبعة ١٤١١هـ-١٩٩١م.
- حكم المحكمة الدستورية: بتاريخ ١٥ من محرم ١٤٣٩هـ، الموافق ٥ أكتوبر ٢٠١٧.
- الخصوصية الجينية في الإجراءات الجنائية: أ. د. أشرف توفيق شمس الدين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ١٠، السنة الثالثة، يونيو ٢٠٠١.
- الدار قطني، القاهرة، دار المحاسن للطباعة، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م.
- دور البصمة الوراثية في الإثبات: غنام محمد غنام، بحث منشور في أعمال مؤتمر الهندسة الوراثية.
- زاد الميعاد في هدى خير العباد: لابن القيم الجوزية، تحقيق شعيب وعبدالقادر الأرناؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، طبعة ٣، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- شرح قانون الإجراءات الجنائية: د. محمود نجيب حسني - دار النهضة العربية - (١٩٨٠م).
- شرح منهاج الوصول في علم الأصول: للبيضاوي مطبوع مع شرح البدخشي، مصر، مطبعة محمد صبيح وأولاده.
- الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية: إبراهيم صادق الجندي، أكاديمية نايف العربية للعلوم المنية، ١٤٢٠هـ، الرياض، ٢٠٠٠م.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: للإمام العلامة شمس الدين عبد الله أبي محمد بن أبي بكر القيم الجوزية، اعتنى به أحمد الزعبي. شركة دار الأرقم - طبعة دار الكتب العلمية.

- العلم والقانون ومحقق الهوية الأخير: ضمن مجموعة من البحوث في كتاب الشفرة الوراثية للإنسان.
- القاموس المحيط: للفيروز أبادي، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها: الدورة السادسة عشرة ٢١-٢٦/١٠/١٤٢٢هـ - ٥-١٠/١/٢٠٠٢م، المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة.
- لسان العرب: ابن منظور الأفريقي المصري - دار صادر - بيروت - الطبعة الأولى.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر: دامار أفندي، القاهرة، دار الطباعة العامرة، ١٣١٧هـ.
- مجمع الزوائد: بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة ٣، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية في الفقه: أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس - مكتبة ابن تيمية - تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم العاصي النجدي الحنبلي.
- مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: بحث مقدم لمؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون" ٥-٧ مايو ٢٠٠٢، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، د. أبوالوفاء محمد إبراهيم.
- المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري: بيروت، دار الفكر، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.
- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، سنة النشر ٢٠٠٤.
- مقدمة في فحص الحمض النووي الديوكسي ريبوزي في مجال البحث الجنائي: الناشر س ارس، ١٩٩٧.
- ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية: الكويت، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، سنة ٢٠٠٠م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي وبهامشه المستعذب في شرح غريب المهذب: محمد بن بطال الركبي، مصر، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، دون تاريخ.

- الموافقات للشاطبي: بيروت، دار المعرفة، دون تاريخ.
- ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني: الكويت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ٢٣-٢٥ جمادى الآخر ١٤١٩هـ- ١٣-١٥ أكتوبر ١٩٨١، الجزء الثاني، ٢٠٠٠.
- نهاية السول شرح منهاج الوصول: عبد الرحيم بن حسن بن على الإسنوي الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
- الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي: د. محمد أحمد محمود، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢م، المكتب الفني للإصدارات القانونية.
- الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني: أعمال الندوة المنعقدة بالكويت ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، البيان الختامي، ج٢.
- الوسيط في شرح قانون الجزائي الكويتي: د. عبدالوهاب حومد - الطبعة الثانية (١٩٨٢م) - جامعة الكويت.