الأحكام الشرعية والقانونية

لإثبات النسب بالبصمة الوراثيّة

أ. شكر محمود داؤد السليم

مدرس قانون المرافعات المدنية والاثبات المساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل

د. احمد حميد سعيد النعيمي

مدرس الفقه واصوله

كلية الحقوق - جامعة الموصل

Legislation and lawful judgment to prove the signature by thumb

By :shukur mahmood dawood and dr. ahmad hameed sae'ed al-nuaymi

Summary :-

1- scientific research a ways prove that Islamic sharea is progressing no component by mind or feeling . god is the creator . he is just and knowing the need of people .

2- the signature by thumb proves that each person has special cells . he inherits half from mother and the other half from father.

3- this signature by thumb depends on science in biology .

4- the law in Iraq can write dawn any thing against Islamic law . this means not do any judgment against Islam law . Islamic law is over the law of people .

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

نحمده تعالى على كل حال سوى الكفر والضلال ، ونسأله أن ينفعنا بالعلم ، ويزيننا بالحلم ، ويكرمنا بالتقوى ، ويتوجنا بالعافية ، وينعَم علينا بالمغفرة والرضوان ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد ﷺ وعلى آله واصحابه ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين . وبعد :

أولا. مدخل تعريفي بموضوع البحث :

يقصد بمصطلح البصمة الوراثية ، بصمة الحمض النووي ، أي الخصائص الوراثية ويرمز لها (d.n.a) وهو اختصار لعبارة (Deoxy ribo nucleic acid) إذ يحتوي الحمض النووي على الصفات الوراثية للإنسان التي إكتسبها من أسلافه والتي سيورّثها لأولاده وأحفاده من بعده ، حيث ثبت علمياً أن كل خلية من خلايا الجسم تحتوي على نواة فيها (٤٦) كروموسوماً ، إلا الحيوان المنوي للذكر وبويضة الأنثى فإنهما يحتويان على (٢٣) كروموسوماً فقط ، منها (٢٢) كروموسوماً يحدد الصفات الوراثية وكروموسوماً واحداً يحدد الجنس وهو كروموسوم (xy) للذكر وكروموسوم (x) للأُنثى ، وعلى هذا فان المولود الذي يأتي من عملية الإخصاب يحمل صفات وراثية مشتركة نصفها من الأب والنصف الآخر من الأم ، وعليه أصبح ممكناً من خلال فحص الحمض النووي معرفة ان كان المولود من نسل شخص معين أم لم يكن .

لقد تم الاستعانة بهذا الاكتشاف العلمي الحديث في العديد من مجالات الحياة ومنها الإثبات في القضايا الجنائية وقضايا النسب .

ثانيا. أسباب اختيار موضوع البحث :

لقد أولت الشريعة الإسلامية والدراسات الفقهية والقوانين الوضعية اهتماماً كبيراً لموضوع النسب، ونظراً لتعلق الموضوع في بعض الحالات بواقعتي القذف والزنا اللتين تدخل أحكامها ضمن الثوابت الخالدة للشريعة الإسلامية المتمثل في جانب المثل والقيم الأخلاقية العليا، حيث حذر الإسلام أشد التحذير من الزنا وقذف المحصنات ووضع لذلك أحكاماً قطعية الثبوت والدلالة لا يصح مخالفتها ، وحيث أن أغلب القوانين الوضعية

تتعارض أحكامها مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الجانب ، فقد بدا لنا البحث في هذا الموضوع لبيان جانب من جوانب القصور في التشريعات الوضعية وإبراز توافق الحقائق العلمية مع مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء لما فيه خير الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى .

ثالثا. منهج البحث :

نهجنا في بحثنا طريق البحث المقارن بين الأحكام الشرعية المستمدة من المصادر الأصلية والكاشفة والأحكام الوضعية التي لها مساس بموضوع البحث في جانبيه المدني والجنائي في التشريع العراقي مع عرض لموقف القضاء العراقي من التعارض الواضح بين الأحكام الشرعية والقواعد القانونية .

رابعا. هيكلية البحث :

ستكون خطة البحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : ماهية البصمة الوراثية .

المطلب الأول : التعريف بالبصمة الوراثية .

المطلب الثاني : التكييف القانوني والفقهي للإثبات بالبصمة الوراثية .

المبحث الثاني : نطاق إثبات النسب بالبصمة الوراثية .

المطلب الأول : نطاق إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : نطاق إثبات النسب بالبصمة الوراثية في التشريع العراقي.

الخاتمة والنتائج .

المبحث الأول

ماهية البصمة الوراثية

يعد علم الوراثة من العلوم الحديثة النشأة إذ بدأت الدراسات الدقيقة والموضحة لقواعد هذا العلم في العقد الرابع من القرن الماضي[١] ، واستأثرت باهتمام الكثير من رجال العلم في شتى صنوف المعرفة ، اذ لم يقتصر أمر الاهتمام بعلم الوراثة ومعرفة الخصائص الجينية للإنسان على الاختصاصيين في علوم الحياة والطب والكيمياء ، بل نال هذا العلم إهتماماً كبيراً من قبل رجال الفقه والقانون ، ورغم حداثة هذا العلم فان مسألة انتقال صفات الآباء الى الأبناء والاهتمام بأوجه الشبه بين الجيل السابق والجيل اللاحق تعُد من المسائل المعهودة منذ عصور قديمة ، فقد عرفها العرب قبل الاسلام وأطلقوا عليها تسمية القيافة[٢]. واشتهرت بها بعض قبائل العرب كقبيلة بني اسد وقبيلة مدلج والعرب تعترف لهم بذلك ولم ينكر الاسلام الأخذ بهذا الجانب من المعرفة[٣] .

ولعل اوضح مثال على ذلك ما روى عن أُم المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) أن رسول الله ﷺ دخل عليها مسروراً ، تبرق أسارير وجهه فقال : ((الم تسمعي ما قال المدلجي لزيد وأُسامة ورأى أقدامهما: ان بعض هذه الاقدام من بعض))[٤] ، فقد نقل

---

(١) د. فواز صالح : حجية البصمة في اثبات النسب ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م) العدد التاسع ، ص١٩٦ .

(٢) القائف : هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وابيه ، وهي نوع علم فمن تعلّمه عمل به ، يقال قوف الأثر ويقتافه قيافة - أي عرفه- . ينظر : ابن منظور ، لسان العرب ، دار احياء التراث العربي ، مادة (قفى) ج٨ ، ص٩٠٤ . احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الكتب العلمية ، ايران ، د.ت ، ج٥ ، ص١١٢ ، ود. محمد رواس قلعه جي ود. حامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء ، ط٢ ، دار النفائس ، بيروت (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) ، ص٣٥٣ .

(٣) ينظر في هذا الجانب : شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، المطبعة المصرية ، د.ت ، القاهرة ، ج١ ، ص١٦٥ ، وموسوعة جمال عبد الناصر ، مطابع الأهرام، القاهرة ، ١٣٩٠هـ ، ج٢ ، ص١٨٢ .

(٤) ينظر : محمد بن اسماعيل البخاري ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط٢ ، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) برقم (٣٥٥٥) ، ص٦٥ . سنن الترمذي ، باب ما جاء في القيافة برقم (٢١٢٩) ، ج٤ ، ص٤٤٠. وكذلك: احمد بن الحسين بن علي بن موسى ابو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، سنن البيهقي الكبرى،=

عن أهل النسب أنهم كانوا في الجاهلية يقدحون في نسب اسامة لأنه كان أسود شديد السواد وكان أبوه زيد ابيض من القطن ، فلما قال القائف ما قال سُرَّ النبي ﷺ بذلك لكونه كف عنهم الطعن فيه لاعتقادهم ذلك[1] .

إن معرفة البنية الجينية للانسان عن طريق وسائل التقدم العلمي واستخدام الاجهزة المختبرية المستحدثة لإثبات النسب تمثل وسيلة علمية معاصرة عوضا عن القيافة وما قد يعتري الاحتكام الى القيافة من عيب في التشخيص أحياناً وتعذر معرفة النسب في أحيان أُخرى ، وفي كتب الفقه وقائع لإشكالات عديدة في هذا الجانب[2] ، فقد ينسب المولود الى رجلين او ينسبوه الى غير أبيه أو قد يتعذر عليهم معرفة النسب ، وعليه فإن اللجوء الى إثبات النسب عن طريق فحص الجينات أو ما يطلق عليه بالبصمة الوراثية أصبح امراً ضرورياً ، مما يدعو الى المزيد من البحث في هذا الموضوع لمعرفة الأحكام الشرعية والقانونية الخاصة به .

نتناول في هذا المبحث دراسة ماهية البصمة الوراثية في مطلبين . نبحث في المطلب الاول تعريف البصمة الوراثية فيما نبحث في المطلب الثاني التكييف القانوني والفقهي للإثبات بالبصمة الوراثية .

المطلب الأول : التعريف بالبصمة الوراثية (D.N.A)

لقد عُرّفتْ البصمة الوراثية بتعاريف عديدة منها "انها المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية وهي التي تجعل الشخص مختلفاً عن غيره" او "انها وسيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقارنة مقاطع (D.N.A) وتسمى في بعض

=تحقيق محمد عبد القادر عطا - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) برقم (٢١٠٦١) ، ج١٠ ، ص٢٦٥ .

(١) محمد بن ابي سهيل ابو بكر السرخسي (ت ٤٩٠هـ) ط١ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦هـ ، ج١٧، ص٧٠ . علاء الدين الكاساني (ت ٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع ، ط٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ج٥ ، ص٥٣ . وكذلك : احمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ط٢، مكتبة الصفا، القاهرة ، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣م ، ج١٢ ، ص١٦ .

(٢) ينظر: ابن القيم الجوزية ، الفراسة، تحقيق صلاح احمد السامرائي ، بغداد ١٩٨٦ ، ص٢٠٢ . وكذلك: وهبه الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ط٩ ، دار الفكر ، دمشق (١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م) ج١، ص٧٢٥٦.

الاحيان الطبعة الوراثية بـ (D.N.A. typing)[1] وعُرّفتْ كذلك "انها عبارة عن بيان بالخصائص والصفات الوراثية التي تسمح بالتعرّف على الفرد ، وهي تشبه بطاقة الهوية الشخصية ، ولكنها لا تبين عناصر الحالة المدنية للشخص -الاسم ، الكنية ، الموطن ، الأهلية- وإنما تحدد صفاته الوراثية ، فهي إذاً عبارة عن هوية شخصية وراثية للفرد"[2]. في حين إعتمد مجلس المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة عام (١٩٨٨) التعريف الآتي للبصمة الوراثية "انها البنية الجينية نسبة الى الجينات، أي الموروثات التي تدل على هوية كل انسان بعينه ، وأفادت البحوث والدراسات العلمية انها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة ، لتسهيل مهمة الطب الشرعي ، ويمكن أخذها من أي خلية (بشرية) من الدم او اللعاب ، او المني ، او البول ، او غيره"[3] .

وعليه فان البصمة الوراثية هي إحدى دراسات علم الوراثة التي تتناول دراسة توارث الصفات والعناصر المميزة للكائنات الحية والبحث في سبب الاختلاف او التباين في هذه الصفات بين الكائنات ، حيث أن عملية إستقرار واستمرار الصفات الموروثة من جيل الى آخر تأتي تحت تأثير الجينات -أي العناصر الوراثية للخلايا- ويتمثل الجين عادة بقطعة من الحامض النووي للخلية (deoxy ribo nucleic acid) .

لقد اكتشفت البصمة الوراثية في اربعينات وخمسينات القرن الماضي حيث أثبتت الأبحاث العلمية أن لكل انسان رمزاً وراثياً -أي شفرة وراثية- يختلف عن غيره من البشر ، وأن من غير المحتمل تطابق الرمز الوراثي عند شخصين باستثناء حالة التوائم المتماثلة الناتجة عن حدوث إنشطار في البويضة المخصبة ، وعليه فإن الرمز الوراثي شبيه ببصمة الأصابع في هذه الصفة[4].

---

(١) د. خالص كنجو ، الطب محراب للايمان ، ط١ ، ١٣٩١- ١٩٧١ ، ص٧٢ . وينظر : جمال الحوشبي، البصمة الوراثية واثبات النسب ، استطلاع في الانترنيت على الموقع الآتي : www.nooran.arg.pdf..

(٢) د. فواز صالح ، المصدر السابق ، ص١٩٨ .

(٣) د. علي احمد السالوس ، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي، ط١٠ ، دار الثقافة، قطر (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٨م) ص٧٢٠.

(٤) ينظر: يوسف الحاج احمد ، موسوعة الاعجاز العلمي في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، مكتبة بن حجر ، دمشق (١٤٢٨هت - ٢٠٠٧م) ، ص٧٢٠ .

ويمكننا أن نعرف البصمة الوراثية انها "البنية الجينية للإنسان والتي تكشف عن خصائص الصفات الوراثية التي يحملها ويتم من خلالها التعرف على هويته الوراثية" . هذا وقد قدر العلماء عدد الجينات التي تحمل الصفات الوراثية بمائة الف جين تقريبا واستطاعوا بعد جهود مضنية الوصول الى (اربعة آلاف وخمسمائة) منها[١].

ويمكن ملاحظة بعض مظاهر الصفات الوراثية بالفراسة والتبصر الدقيق كلون العينين، ولون البشرة ، وطول الجسم ، وصفات الأعضاء ، وحدة الذكاء ، وبالإمكان التوصل الى كافة الصفات الوراثية عن طريق التحليل المختبري لعينات مأخوذة من الدم، أو اللعاب ، او العرق ، او البول ، او المني ، او الشعر ، او الجلد ، وغيرها من الخلايا الأخرى وذلك باستخدام جهاز (Polymerase chain Reaction) الذي يرمز له بالرمز (P.C.R) .

تمثل البصمة الوراثية آية من آيات الله سبحانه وتعالى التي أودعها في خلقه مصداقا لقوله عزَّ وجل] **Ê É È Ç Æ Å Ä Ã Â Á À** [**Ì Í Î Ï Ð Ñ Ò Ó** Z[٢] ، فالجنين يتكون في رحم الأُم من التقاء ماء الرجل مع ماء المرأة لتتم عملية الاخصاب ثم تبدأ مراحل التكوين ، ولقاء ماء الرجل مع بويضة المرأة يعني التقاء خلية تناسلية مذكرة مع خلية تناسلية مؤنثة وإندماجهما معا ثم تبدأ بعدها عملية الانقسام، حيث تنقسم الخلية الجديدة الى خليتين ، ثم الى اربع ، ثم الى ثمان، ثم الى ست عشرة .. وهكذا يتم الانقسام على شكل متوالية هندسية رائعة[٣] .

ومن المعلوم ان كل خلية في جسم الكائن الحي تتكون من غشاء او غلاف خارجي يحتوي بداخله على مادة سائلة يطلق عليها تسمية (السايتوبلازما) وفي وسط السائل جسم صغير يُدعى النواة ، وفيها يكمن سرَّ الوراثة إذ تحتوي النواة على جسيمات صغيرة خيطية الشكل تسمى (الكروموسومات) وتوجد في نواة كل خلية حية (٤٦) كروموسوماً باستثناء الخلية التناسلية فان نواتها تحتوي على (٢٣) كروموسوماً ، وبإتحاد

---

(١) د. محمد علي البار ، الجنين المشوه والامراض الوراثية ، ط١ ، دار القلم ، بيروت، ١٩٩١، ص١٧٣.

(٢) سورة فصلت ، الآية ٥٣ .

(٣) د. عبد الناصر ابو البصل وآخرون ، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة ، ط١ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) ، ج٢ ، ص٦٩٤ .

الخلية الذكرية مع الخلية الأُنثوية يُصبح عدد الكروموسومات (٤٦) كروموسوماً ، وبهذا فإن الصفات الوراثية تنتقل نصفها من الأب ونصفها الآخر من الأم ، وهذا تصديقا لقوله تبارك وتعالى [¿ ¾ À Á Â Ã Ä Å Æ È É Ê Z[1] ولقوله سبحانه وتعالى [À Á Â Ã Ä Å Æ Ç È É Ê Z[2] .

ان اكتشاف البنية الجينية للانسان أسهم بشكل فعّالْ في إثبات النسب فضلاً عن الاستعانة به في العديد من مجالات الطب الشرعي ، إذ ان احتمال الخطأ في اثبات النسب او نفيه ليس وارداً ، وإن حدث خطأ ما فإن سبب ذلك هو وقوع خطأ في الجهد البشري او نتيجة عوامل التلوث التي قد تحدث اثناء أخذ العينة المراد فحصها او جرّاء عملية انتحال الصفة[3].

المطلب الثاني : التكييف القانوني والفقهي للإثبات بالبصمة الوراثية

ان اكتشاف البصمة الوراثية يشكل فتحا مبينا وجديدا في علم الوراثة وان اللجوء الى البصمة الوراثية لإثبات النسب يعد من المستحدثات المعاصرة ، فما هو التكييف القانوني والفقهي لإثبات النسب بالبصمة الوارثة بإعتبارها دليل إثبات علمي أثبتت التجارب العلمية والوقائع العملية الفائدة الكبيرة لاعتمادها في العديد من مجالات الحياة .

أولا. التكييف القانوني للإثبات بالبصمة الوراثية :

لابد لمعرفة التكييف القانوني للإثبات بالبصمة الوراثية من الرجوع الى قانون الاثبات العراقي ذي الرقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) لمعرفة أدلة الاثبات المعتمدة من قِبل المشرع العراقي ، ومن ثم معرفة التكييف القانوني للاثبات بالبصمة الوراثية[4] . وقد حصر قانون الاثبات العراقي آنف الذكر في الباب الثاني منه أدلة الاثبات في ثمانية أدلة هي الدليل الكتابي، والاقرار ، والاستجواب ، والشهادة ، والقرائن ، واليمين ، والمعاينة ، وأخيرا الخبرة . فتحت أي من هذه الأدلة يقع موضوع الإثبات بالبصمة الوراثية ؟ ان

---

(١) سورة الفرقان ، الآية ٥٤ .

(٢) سورة فصلت ، الآية ٥٣ .

(٣) د. ناطق محمد جواد النعيمي ، الإعجاز القرآني ، بحوث المؤتمر الاول للاعجاز القرآني ، مطابقة علم الاجنة لما في القرآن والسنة (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) ، ص٦٧٩ ، وينظر كذلك : د. احمد على السالوس، المصدر السابق ، ص٧٢ .

(٤) نشر القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) العدد (٢٧٢٨) في ٣ / ٩ / ١٩٧٩ .

معرفة هذا الامر يُمكننا من الوصول الى الاحكام القانونية الواجبة التطبيق من قبل القضاء عند الاستعانة بها في الاثبات .

تتسم البصمة الوراثية انها دليل علمي قاطع لا تقبل في ذاتها الخطأ في اثبات النسب او نفيه ، وهي بصفتها هذه تعد حجة علمية يجب الاعتداد بها كما انها حجة متعدية على غير اطراف الدعوى فموضوع الاثبات بها لا يخص المتداعيين فحسب ، بل يمس الأغيار ممن تربطهم صلة القربى بأطراف الدعوى ، والبصمة الوراثية بصفاتها هذه تخرج عن ان تكون دليل اثبات بالكتابة او الشهادة او الاقرار او الاستجواب ، وإنما هي دليل يستند الى وسائل التقدم العلمي ، فهل ان الإثبات بالبصمة الوراثية هو خبرة ام معاينة ام قرينة .

تعد الخبرة إجراءاً تحقيقاً واستشارة فنية يلجأ اليها القضاء بغية الوصول الى معلومات علمية او فنية تتعلق بموضوع النزاع المرفوع أمام القضاء وذلك عن طريق الاستعانة بأصحاب الاختصاص ممن لهم مران واسع ومعرفة كبيرة في علم او فن او صنعة يستطيعون معها إبداء الرأي فيما يعرض عليهم من أُمور تدخل ضمن معارفهم[١] . وقد نظم المشرع احكام الخبرة في المواد (١٣٢ - ١٤٦) حيث نصت المادة (١٣٢) على ما يلي : "تتناول الخبرة الامور العلمية والفنية وغيرها من الامور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية" ، اما بقية المواد فقد نظمت اسلوب انتخاب الخبراء وردهم، وأُجورهم ، وكيفية مباشرتهم لعملهم ، ومناقشتهم ، وقد اعطى القانون للمحكمة سلطة تقديرية فيما يتعلق برأي الخبير فبين ان رأي الخبير لا يقيد المحكمة ، واذا قضت بخلاف رأيه ان تُضمّن حكمها الاسباب التي اوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلا او بعضا، وهذا يستوجب ان يكون القاضي فطناً ، عالماً بالاحكام القانونية ، ممتلكاً لمؤهلات القضاء[٢].

---

(١) ينظر: د. ادوار عيد ، قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية في القانون اللبناني ، بيروت ، مطبعة ستاركو ، ١٩٦٢ ، ج٢ ، ص٣٤٤ . ود. محمد عبد اللطيف ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط٢ ، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٧٣ ، ج٢ ، ص٣٦٨ .

(٢) ينظر : آدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ، ١٩٧٢ ، ص٤٧٢ . أنس محمود الزرري ، الخبرة في المسائل المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ، ١٩٨٧ ، ص١٥٤ .

وعلى ذلك فإن الإثبات بالبصمة الوراثية يحتاج الى خبرة علمية لا يمتلكها القاضي مما يوجب عليه الاستعانة بذوي الاختصاص ، إلاّ أن أحكام الخبرة لا تنطبق جميعها على موضوع الاثبات بالبصمة الوراثية خاصة ما يتعلق منها بكيفية إنتخاب الخبراء وتحديد أُجورهم وكيفية مناقشتهم ، وعليه فإننا نستبعد ان يكون الاثبات بالبصمة الوراثية هو اثبات بدليل الخبرة .

اما المعاينة فقد نظم المشرع احكامها في المواد (١٢٥ - ١٣١) وأجاز في المادة (١٢٥) للمحكمة من تلقاء نفسها او بناءً على طلب الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه او تنتدب لذلك احد قضاتها لمعاينته او احضاره لديها في جلسة تعينها لذلك متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة ، وبين القانون في المادة (١٢٦) ان المعاينة ترد على الاموال والاشخاص مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يلي:

١- ان معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل الاحتياط الواجب لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته.

٢- على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة .

وقد اجاز القانون للمحكمة العدول عن قرارها بإجراء المعاينة اذا وجدت في عناصر الدعوى ما يكفيها لتكوين رأيها على ان تعلل قرار الرجوع عن المعاينة في محضر الجلسة[١].

من استعراض أحكام المعاينة فإننا نرى أن الاستعانة بالبصمة الوراثية في الاثبات فيه بعض احكام المعاينة ، إلاّ أن الاثبات بالبصمة الوراثية لا يعتبر معاينة لعدم انطباق كافة احكام المعاينة عليها .

البصمة الوراثية قرينة قضائية :

بعد أن استبعدنا ان يكون الاثبات بالبصمة الوراثية هو إثبات بالادلة السابقة التي اشرنا اليها لم يبق لنا الا دليل القرائن .

---

(١) ينظر: أ. ضياء شيت خطاب ، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص٢٤٣ . وكذلك: د. احمد مسلم ، اصول المرافعات المدنية، القاهرة ، دار الفكر ، ١٩٦٨ ، نبذة ٥٣٦ ، ص٦٣٥ .

والقرينة : هي استنباط أمرٍ غير ثابت من امر ثابت[١] ، وتنقسم القرائن الى صنفين هما القرائن القانونية والقرائن القضائية ، ويقصد بالقرائن القانونية القرائن المعدة سلفاً من قبل المشرع ، فهي تعني استنباط المشرع أمر غير ثابت من امر ثابت ، أما القرينة القضائية فهي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من امر ثابت لديه في الدعوى المنظورة ، هذا وقد نظم المشرع العراقي الاحكام الخاصة بالقرائن في المواد (٩٨ - ١٠٤) من قانون الاثبات وأجاز للقاضي إستنباط كل قرينة يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة ، كما اتاح له إمكانية الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية .

ان الصلاحيات التي اعطاها المشرع للقاضي في هذا المجال إنما هي تطبيق عملي للوصول الى أهداف قانون الإثبات التي ترمي الى توسيع صلاحية القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضايا المنظورة ، وفيها الزام للقاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته، وبإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه وليس الوقوف عند حدود النصوص المكتوبة وتطبيقاتها على الامكانيات المتاحة عند تشريع القانون[٢] ، وهذا يتطلب من القاضي ان يكون عالماً بزمانه[٣] وبالأحكام القانونية والفقهية وما وصل اليه العلم من تقدُم في الأُمور التي تمس مجال عمله وإلاّ أورد الناس موارد الهلاك وافسد عليهم عيشهم .

---

(١) ينظر : د. محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن في الاثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن ، مصر ١٩٨٧ ، ص١٤١ .

(٢) ينظر : نص المواد (١ و ٢ و ٣) من قانون الاثبات .

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر : برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري ، شرح أدب القاضي للخصاف (ت٢٦١هـ) تحقيق د. محيي هلال السرحان ، ط١ ، مطبعة الإرشاد ، بغداد (١٣٣٧هـ - ١٩٧٧م) ج١ ، ص١٢٦ ، ود. هاشم جميل عبد الله ، مسائل من الفقه المقارن، ط٢ ، مطبعة التعليم العالي (١٩٩٩) ج٢ ، ص١٨٨ .

يُستنتج من كل ما تقدم أن إثبات النسب بالبصمة الوراثية إنما هو اثبات عن طريق القرينة القضائية . أما ثبوت النسب بسبب الزواج فهو إثبات للنسب عن طريق القرينة القانونية[١] .

ثانيا. التكييف الفقهي للاثبات بالبصمة الوراثية[٢] :

لا يختلف التكييف الفقهي للإثبات بالبصمة الوراثية عن التكييف القانوني ، فالاحتكام الى البصمة الوراثية او ما يعرف بالبنية الجينية إنما هو في حقيقته احتكام الى قرينة الشبه ، وقد أولتْ الشريعة الاسلامية الأخذ بقرينة الشبه وبالخزين الوراثي -وهو ما يعرف بنزع العرق- اهتماماً كبيراً ، فالرسول الكريم محمد ﷺ قد إعتبر قرينة الشبه في نسب أُسامة وزيد، فقد روى عن أُم المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت : دخل عليَّ رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور فقال : **((يا عائشة الم تري ان مجززاً المدلجي دخل عليَّ فرأى أُسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض))**[٣] كما ان الرسول المصطفى ﷺ اعتبر قرينة الشبه في ولد الملاعنة ، ففي واقعة هلال بن أُمية، وبعد ان تلاعنا هلال وزوجته، رُوى عن الرسول الكريم ﷺ قوله: **((أبصروها فإن جاءت به أكحل العنينين ، سابغ الاليتين ، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء))** فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ : **((لولا ما مضى من كتاب الله، لكان لي ولها شأن))**[٤] .

---

(١) ينظر : نص المادة (٥١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) لمزيد من التفاصيل ينظر: د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٤٢٤.

(٣) الحديث سبق تخريجه .

(٤) ينظر : البخاري ، المصدر السابق برقم (٤٧٤٧) ص٨٧٤ ، سنن البيهقي الكبرى ، كتاب اللعان ، باب الزوج يقذف امرأته فيخرج من موجب قذفه بأن ياتي باربعة شهود يشهدون عليها الزنا او تلعن ، برقم (١٥٠٦٨) ، ج٧ ، ص٣٩٣ . وكذلك : سليمان بن احمد بن ايوب ابو القاسم الطبراني (ت٣٦٠هـ)، المعجم الكبير ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي ، ط٢ ، مكتبة دار العلوم والحكم ، الموصل (١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م) برقم (٥٦٧٧) ، ج٦ ، ص١١٤ .

ان مما يؤكد اعتداد الشريعة الاسلامية بالاخذ بقرينة الشبه وعدم إهمالها هو أن الرسول الكريم ﷺ أمر أُم المؤمنين سؤدة بنت زمعة ان تحتجب من إبن أبيها الذي ولد على فراشه ، وادعاه سعد بن ابي وقاص لاخيه عتبه رغم انه قضى به لعبد بن زمعة . ونظراً لاهمية الموضوع وبغيه تجنب الفهم لخاطئ للحديث نورد نص الحديث كاملا كما ورد في صحيح البخاري ، فقد روى عن أُم المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مِنّي فاقبضه ، قالت : فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن ابي وقاص وقال : ابن اخي وقد عهد الي فيه فقام عبد بن زمعة فقال : اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه فتساوقا الى النبي ﷺ فقال سعد : يا رسول الله ابن اخي كان قد عهد الي فيه ، فقال عبد بن زمعة : أخي وابن وليدة ابي ، ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ **((هو لك يا عبد بن زمعة))** ثم قال النبي ﷺ **((الولد للفراش وللعاهر الحجر))** ثم قال لسؤدة بنت زمعة زوج النبي ﷺ **((احتجبي منه))** لما رأى من شبههِ بعتبة ، فما رأها حتى لقي الله[1].

ومن التأمل في الحديث الشريف نرى ان رسول الله ﷺ قد قضى بالولد للفراش واعتبر الزواج قرينة شرعية في إثبات النسب لا يجوز نقضها متى تمسك بها صاحب الفراش، ولم يهمل قرينة الشبه التي رجح عليها قرينة الفراش وانما اعتبرها ، فأمر زوجه سؤدة (رضي الله عنها) ان تحتجب عن ابن ابيها ، فلو لم يكن هناك اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب .

ومن هذا نستنتج ان قضاء القاضي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، ولو ان الشريعة الاسلامية قد اهملت قرينة الشبه -أي البنية الجينية او التركيب البيولوجي- لما امر الرسول الكريم ﷺ زوجه من الاحتجاب عن اخيها من ابيها الذي ثبت نسبه بقرينة الفراش والتي تعارضت مع قرينة الشبه او قرينة البصمة الوراثية كما يطلق عليها في عصرنا هذا ، وهنا تكمن اهمية الموضوع وعظمته ، فالشريعة الاسلامية لم تهمل قرينة الشبه في حالة الحكم للولد بالفراش ، وعلى هذا تترتب امور عظيمة وخطيرة ، فالرسول الكريم قد أمر زوجه بالاحتجاب عن ابن ابيها ، وعلى هذا نقول ، تترتب على ذلك احكام عظيمة منها حرمة المصاهرة ما بين الاصول والفروع وكذلك الحواشي حتى الدرجة

---

(١) البخاري ، المصدر السابق ، برقم ٢٠٥٣ ، ص٣٧٠ .

الرابعة واعتبار مانع المصاهرة كما هو الحال في النسب الشرعي ، أي وبعبارة أدق اخذ النسب الجيني بنظر الاعتبار في هذه الامور اسوة بالنسب الشرعي ، فالبنية الجينية وما يترتب عليها من امور هي أشدُ عظمة وأشد اعتباراً في التحريم من الرضاعة ، ولعل هذا الامر هو محور الاهتمام في بحثنا ، وعليه فإننا نرى وجوب ان يولي العلماء والباحثون هذا الامر اهتماماً كبيراً وان يمعنوا في دراسة الحديث النبوي الشريف وان لا يقفوا عند مجرد قوله ﷺ **((الولد للفراش))** وإنما يجب اخذ الحديث بوقائعه متكاملا ومعرفة الاسباب الشرعية الكامنة وراء ترجيح بينة الفراش على بينة الشبه في واقعة ابن وليدة زمعة ألا وهي أن لا حجة للعاهر في اثبات عهره وابتغاء نسب من جريمة الزنا .

اما عن الاخذ بنزع العرق او ما يعرف بالخزين الجيني -او الوراثي- أي الوراثة من الاجداد عن مختلف الدرجات ، فقد تنتقل الى المولود بعض صفات كانت ظاهرة في احد اجداده او جداته من جهة الاب او من جهة الام من الدرجة الاولى او من الدرجات الاخرى وان هذه الصفات لم تكن ظاهرة في اصله المباشر أي في احد ابويه ، والحقيقة هي ان هذه الصفات ورثها عن اصله البعيد والذي لا دخل له في تكوينه ، اذ ان المولود انما خلق من ماء الاب والام -أي من الاصل المباشر له-[1] ، ولكن هذه الصفات مع عدم ظهورها في الاصل المباشر الا انها موجودة لديه في صورة مستكنة قابلة للانتقال الى الفرع ، وهذا ما أُطلقَ عليه في الشريعة الاسلامية نزع العرق ، والدليل على ذلك ما رواه ابو هريرة رضي الله عنه ان رجلا اتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ولد لي غلام اسودّ فقال : **((هل لك من ابل ؟))** قال : نعم ، قال **((ما ألوانُها ؟))** قال : حُمر ، قال : **((هل فيها اروق ؟))** قال : نعم ، قال : **((فانى ذلك ؟))** قال : لعله نزعه عرق ، قال : **((فلعل ابنك هذا نزعه))**[2].

وعلى هذا فقد رأى جمهور الفقهاء ، وهم الامام مالك والشافعي واحمد بن حنبل (رضي الله عنهم) انه يحكم بالقيافة واستشهدوا في ذلك بواقعة أُسامة وزيد (رضي الله عنهما) وخالفهم فقهاء الاحناف ، فلم يرى الامام ابو حنيفة ولا اصحابه الحكم بالقيافة ،

---

(١) د. علي عبد الواحد وافي ، الوراثة وقوانينها ومظاهرها الغربية ومراعاتها في الجاهلية والاسلام ، بحث منشور في مجلة الازهر ، القاهرة ، السنة السادسة والثلاثون ، (١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م) ج٥ ، ص٥٦٢.

(٢) ينظر : البخاري ، المصدر السابق ، رقم الحديث ٥٣٠٥ ، ص٩٩٧ .

واحتجوا في ذلك بأنه حكم بالظن ، ورأوا ان الاصل ان لا يحكم لأحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هناك فراش فان عدم الفراش كان الولد بينهما ولا يعمل بقرينة الشبه او قول القائف ، بل يحكم بالولد الذي ادعاه اثنان لهما جميعا[1].

ومما يجب ذكره في هذا الباب ما اورده الامام ابن القيم الجوزية بقوله : (حكم رسول الله ﷺ وخلفائه من بعده (رضي الله عنهم) بالقافة وجعلها دليلا من ادلة ثبوت النسب ، وليس هاهنا الا مجرد الامارات والعلامات)[2]. وعلى ذلك نخلص الى القول ان التكييف الفقهي لاثبات النسب بالبصمة الوراثية انما هو حكم بالقرينة القضائية التي يستنبطها الحاكم او القاضي مستعينا في ذلك بما تقدمه له وسائل العلم والمعرفة وعليه فاننا نرى ان التكييف القانوني لاثبات النسب بالبصمة الوراثية يستند في مصدره التاريخي الى احكام الشريعة الاسلامية وما ذهب اليه جمهور الفقهاء .

المبحث الثاني

نطاق اثبات النسب بالبصمة الوراثية

نتناول في هذا المبحث نطاق الاثبات بالبصمة الوراثية وبيان الحالات التي يجوز فيها الاستعانة بالبصمة الوراثية لاثبات النسب والحالات التي لا يجوز فيها الاستعانة بالبصمة الوراثية لاثبات النسب ، وقد قسمنا المبحث الى مطلبين خصصنا المطلب الاول لبيان موقف الفقه الاسلامي من اثبات النسب بالبصمة الوراثية ، اما المطلب الثاني فقد جاء لبيان موقف المشرع العراقي من اثبات النسب بالبصمة الوراثية .

---

(١) ينظر في تفصيل ذلك : علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المحلى ، ادارة المطبعة المنيرية، مصر ، (١٣٥٢هـ) ج١٠ ، ص١٥٠ . ود. وهبة الزحيلي ، المصدر السابق ، ص٧٢٥٥ . وندى سالم حمدون ، نسب المولود في الشريعة الاسلامية والتشريع العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ ، ص٧٨ .

(٢) ابن القيم الجوزية ، المصدر السابق ، ص٢٠٠ .

المطلب الأول:

نطاق اثبات النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الاسلامي

من المعلوم ان ائمة الفقه الاسلامي لم يعرفوا البصمة الوراثية بمفهومها المعاصر الحديث كدليل من ادلة اثبات النسب ، واجمعوا على ان النسب يثبت باحدى الطرق الثلاثة: اولها : الزواج ، ويدخل ضمن موضوع الزواج النكاح الفاسد والدخول بشبهة ، ثم الإقرار واخيرا الشهادة[١] ، واختلفوا في موضوع اثبات النسب عن طريق القيافة ، وحيث ان القيافة والتي يقصد بها تتبع الاثر والمعرفة بفصول تشابه النسب هي قرينة قضائية او امارة كما اطلق عليها بعض الفقهاء[٢] ، وان اثبات النسب بالبصمة الوراثية هو ايضا اثبات بالقرينة القضائية لذا فان الاحكام الفقهية لاثبات النسب بالقيافة تطبق على اثبات النسب بالبصمة الوراثية لاشتراكهما في العلة ، الا وهي الشبه بين الابناء والآباء - أي تشابه الصفات الوراثية- وهو ما يطلق عليه بالموروثات الجينية .

لقد دل على الحكم بالقيافة سنة رسول الله ﷺ وسبق ان اشرنا الى ذلك وذكرنا الحديث الذي روته أُم المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) عن سرور النبي ﷺ بقول القائف في اقدام زيد وابنه أُسامة (رضي الله عنهما) (ان هذه الاقدام بعضها من بعض) وقد حكم الخلفاء الراشدون والصحابة من بعدهم بالقيافة ، فقد حكم بها الخليفة عمر بن الخطاب ﷺ والخليفة علي بن ابي طالب ﷺ كما عمل بها أبو موسى الاشعري وابن عباس وانس بن مالك دون ان يخالفهم في ذلك احد من الصحابة ، وقال بها من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء بن ابي رباح والزهري واياس بن معاوية وقتادة وكعب بن سوار ، ومن تابعي التابعين الليث بن سعد، ومالك بن انس واصحابه ، ومن بعدهم

---

(١) برهان الدين علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت ٥٩٣هـ) ، الهداية شرح بداية المبتدئ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ج٢ ، ص٣٦ . ومحمد قدري باشا وشرحه لاحمد زيد الابياني ، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية مع ملحق قوانين الاحوال الشخصية العربية ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية الاقتصادية ، ط١ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة ، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م) ، ج٥ ، ص٨٥٥ .

(٢) ينظر : ابن قيم الجوزية ، الفراسة ، المصدر السابق ، ص١٢ - ١٣ .

الامام الشافعي واصحابه ، واسحاق وابو ثور والامام ابن حزم الاندلسي حيث اعتبروا القيافة علم صحيح يجب القضاء به في الانساب والآثار[١] .

الا ان الامام الفقيه ابو حنيفة واصحابه ذهبوا خلاف ذلك واحتجوا بان الحكم بالقيافة هو حكم بالظن ، وقد يقع الشبه بين الاجانب وينتفي بين المشتركين فيه ، وبنوا على ذلك ان اللقيط اذا ادعاه اثنان وتساويا في البينة -أي الدليل- او انعدم الدليل لديهما فان نسب اللقيط يلحق بهما معا ، ولا يؤخذ بقول القائف[٢]. وقد رد الامام ابن حزم الاندلسي على آراء الاحناف في هذا الامر بقوله ان الاحناف يلحقون الولد بامرأتين يجعلون كل واحدة منهما أُمه التي ولدته ويورثونه ميراث الابن من الام ويورثونهما ميراث الام من الولد ويحرمون عليه اخواتهما جميعا ، ولا يحكمون بما حكم به رسول الله ﷺ [٣] .

ورغم اقرار جمهور فقهاء الامة الى الأخذ بالقيافة -أي القرينة- في اثبات النسب الا انهم اجمعوا على عدم جواز نفي النسب الثابت بالفراش الا عن طريق اللعان ، فلا يجوز اللجوء الى قرينة الشبه -البصمة الوراثية- لنفي نسب الولد من ابيه الذي ولد على فراشه مستندين في ذلك الى الحديث الذي روته ام المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) حيث قالت : اختصم سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد هذا يا رسول الله ابن اخي عتبة بن ابي وقاص ، عهد الي انه ابنه ، انظر الى شبهه ، فنظر رسول الله ﷺ الى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة ، فقال ((**هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سؤدة بنت زمعة**)) قالت فلم ير سؤدة قط[٤] .

ومما يروى في هذا الباب قصة زياد الذي يُدعى زياد بن سمية وهي أُمة كانت للحارث بن كلدة زوجها لمولى عبيد فأتت بزياد على فراشه وهم بالطائف قبل ان يسلم اهل الطائف ، فلما كانت في خلافة عمر سمع ابو سفيان بن حرب كلام زياد عند عمر ، وكان بليغاً فأعجبه فقال : إني لأعرِفُ من وضعه في أُمه ولو شئت لسميته ولكن اخاف

---

(١) ينظر: ابن القيم الجوزية، المصدر السابق، ص٢٠٠. ود. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص٧٢٥٥. وابن حزم ، المصدر السابق، ج١٠، ص١٤٩. وندى سالم ، المصدر السابق، ص٨٧ .

(٢) ينظر : السرخسي ، المبسوط ، المصدر السابق ، ج١٧ ، ص٧٠ .

(٣) ابن حزم الاندلسي ، المصدر السابق ، ج١٠ ، ص١٥٠ .

(٤) ينظر : البخاري ، المصدر السابق ، برقم ٦٧٦٥ ، ص١٢٢٨ .

من عمر ، فلما ولي معاوية الخلافة كان زياد على فارس من قبل علي فاراد مداراته فأطعمه في ان يلحقه بأبي سفيان فاصغى زياد الى ذلك وجرت في ذلك خطوب الى ان ادعاه معاوية فأمرُّه على البصرة ثم على الكوفة واكرمه .. فكان كثير من الصحابة والتابعين ينكرون على معاوية ذلك محتجين بحديث (الولد للفراش))[1].

ان فقه حديث رسول الله ﷺ وادراك مقاصده امر ضروري لتأصيل الأحكام الفقهية ، فالرسول الكريم حكم بالولد لصاحب الفراش الذي ادعاه وتمسك به ولم ينكره ، وذلك اخذاً بالاصل وهو براءة الانسان وصلاحه من جهة ، ودرءاً للمفاسد وعدم اشاعة الفاحشة من جهة أُخرى ، ولكن الرسول محمد ﷺ أمر زوجته أُم المؤمنين السيدة سؤدة (رضي الله عنها) بالاحتجاب عن الغلام فلم يرها قط ، فحُكم رسول الله ﷺ لم يحلل حراما ولم يحرم حلالا فهو قد الحق الولد بالفراش ، واعمل الشبه في الاحتجاب وفي هذا دليل على عدم الاخذ بالبينة الجينية -أي الشبه- متى ادى الاخذ بها الى امر غير مشروع أي الحاق ولد الزنى بالزاني ، فاذا ما تعارضت مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً ، فإلحاق ولد الزنا بمن زنا بامه مخالف لثوابت الشريعة الاسلامية التي حرمت الزنا وأوجبت إقامة الحد على الزاني متى ثبت ارتكابه لجريمة الزنا بالدليل الشرعي . وقد قرر مجلس المجمع الفقهي الاسلامي في دورته السادس عشرة المنعقدة في مكة المكرمة عام ٢٠٠٢ ان استعمال البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب لابد ان يحاط بمنتهى الحيطة والحذر والسرية ووجوب تقديم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية ولا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان ولكنه اجاز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب في الحالات الآتية :

١- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال اثبات النسب في حالات التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الادلة او تساويها ام كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه .

٢- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الاطفال ونحوها ، وكذا الاشتباه في اطفال الانابيب .

---

(١) ينظر : العسقلاني ، المصدر السابق ، ص٦٢ .

٣- حالات ضياع الاطفال واختلاطهم بسبب الحوادث او الكوارث او الحروب وتعذر معرفة اهلهم ، او وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها ، او بقصد التحقيق من هويات اسرى الحروب والمفقودين[١].

اما ما يخص نفي النسب فقد اتفق جمهور الفقهاء المعاصرين على عدم الاستجابة لطلب الزوج الاحتكام الى البصمة الوراثية لنفي النسب اذ ان ذلك يفوت على المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلى ولدها ، ولكن اختلفوا فيما اذا طلبت المرأة الاحتكام الى البصمة الوراثية لاثبات براءتها من تهمة الزنا الموجهة اليها ولاثبات حق ولدها في نسبه الى ابيه ولاطمئنان الزوج من صحة نسب الولد اليه ، وعلى هذا فقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بوجوب الاستجابة الى طلب المرأة في الاحتكام الى البصمة الوراثية اذ ان هذا الامر يتطابق مع مقاصد الشريعة الاسلامية[٢] .

ان من الامور التي بالامكان إثارتها في هذا الصدد هي ما الحكم اذا تمت الملاعنة ونفى الزوج نسب الحمل او المولود واثبت فحص البصمة الوراثية ان المولود ينتسب الى الزوج ، فهل ينسب الولد الى ابيه ام يبقى منتسبا الى أُمه فقط ؟ وماذا لو تلاعن الزوجان واثبت فحص البصمة الوراثية بعد ذلك ان المولود لا ينتسب الى الزوج وان الزوجة قد حملت من غير زوجها ؟ فهل يقام الحد عليها ؟

ان الله سبحانه وتعلى قد شرع حكم اللعان في كتابه الكريم اذا رمى رجل امرأته بالزنا ولم تقر هي بذلك ولم يرجع عن رميه ، بقوله تعالى] { ~ أَزْوَجَهُمْ ¡ ¢ £ ¤ ¥ ¦ § ¨ © ª « ¬ ® ¯ ° ± ² ³ ´ µ ¶ · ¸ ¹ º » ¼ ½ ¾ ¿ À Á Â Ã Ä ÅÆ Ç È É Ê Ë Ì Í Î Ï ÐÑ Ò Ó Ô Õ Ö × Ø Ù Ú Û Ü Z[٣].

---

(١) د. على احمد السالوس ، المصدر السابق ، ص٧٢١ .

(٢) د. يوسف القرضاوي ، ثبوت النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل ، فتوى منشورة في مجلة الاسي الطبية ، العدد ١٢ ، المجلد السادس (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م) ، ص١٥ .

(٣) سورة النور ، الآيات ٦ - ١٠ .

ان اكتشاف البصمة الوراثية هي دليل الاعجاز القرآني ، ودليل على حكمة الخالق في خلقه، فاللعان انما شرع لدرء الحد عن الزوج الذي يرمي زوجته بالزنا ولاثبات دعواه فيما رمى به زوجته عند فقدان الدليل الشرعي ، فقد قررت سنة رسول الله ﷺ ان للزوج ان يلاعن لنفي نسب المولود متى تيقن ان زوجته زنت ، وان ولدها الذي جاءت به ليس من صلبه لان ترك اللعان ونفي النسب يستلزم استلحاقه للولد واستلحاق الرجل لولد ليس من صلبه حرام متى علم ذلك كأن لم يطأ زوجته ، اما ان لاعن الزوج زوجته وهو يعلم انه كاذب في لعانه او انه لاعن بناء على ظن فاسد فإن لعانه حرام وانكار ولده الذي من صلبه أشد حرمةً ، واذا ما لاعنت الزوجة فان لعانها يدرء عنها الحد وهو الرجم ان كانت محصنة ، والجلد ان كانت غير محصنة ، وفي ذلك حكمة قدرها الله سبحانه وتعالى في كتابه العظيم وسنة رسوله الكريم، فيها العدل والحق حتى يرث الله الارض ومن عليها ، قال تعالى:] ¸ ¹ º » ¼ ½ ¾ ¿ À Á Â Z[1] .

لقد اثبتت الابحاث العلمية والتجارب العملية والوقائع أن بالامكان ان تحمل المرأة من زوجها أو من غير زوجها عن طريق التلقيح الاصطناعي كما أن من الممكن ان تحمل المرأة جنيناً ينسب لزوجها او لغير زوجها ولا ينتسب اليها بأن تكون البويضة الملقحة لا تعود لها .

ان الابحاث العلمية والوقائع العملية تلزمنا العمل بما شرّعهُ الله سبحانه وتعالى فشرعه لا يعارضه حسٌ ولا عقل ، وعليه فان الزوجة التي لا عنت لا يقام عليها حد الزنا حتى لو ثبت بعد اجراء الفحص المختبري للبنية الجينية أن المولود الذي أتتْ به لا ينتسب الى زوجها، وهذا ما قضى به رسول الله ﷺ في واقعة هلال بن امية فبعد ان تمت الملاعنة قال الرسول محمد ﷺ **((أبصروها فإن جاءت به اكحل العينين سابغ الاليتين ، خدلج الساقين ، فهو لشريك بن سحماء))** فجاءت به كذلك فقال النبي ﷺ **((لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن))** [2] .

---

(١) سورة النساء ، الآية ١٠٥ .

(٢) ينظر: البخاري ، المصدر السابق ، برقم٤٧٤٧ .

وفي ذلك ما يثبت ان ما شرّعهُ الله سبحانه وتعالى صالح لكل زمان ومكـــان وان ما قضى به الله سبحانه وتعالى هو الحق مهما تعاقبت العصور وتطورت العلوم .

اما لو تمت الملاعنة ونفى الزوج نسب المولود وثبت بالفحص الجيني ان المولود من صلب الزوج فان الولد ينسب الى الزوج ، فقد اثبت العلـــم ان المولـــود لا يمكـــن ان ينسب إلاّ الى رجل واحد ، فهو انما يخلق من حيمن ذكري واحد فقط وبويضـــة انثويـــة واحدة ، وهذا مصداق قوله تعـــالى:] **g h i j k l m n p** ا

q r s t u v w x y z { | } ~ قَوۡلًا

Z ¯ ® ¬ « ª © ¨ § ¦ ¥ ¤ £ ¢ ¡ .[1]

وفي ذلك اشارة الى ان للمولود أُب واحد وأُم واحدة لا اكثر من ذلك ، وعلى هذا فمتى ما ثبت نسب الولد الى ابيه عن طريق البصمة الوراثية حتى ولو بعد اللعـــان فـــإن على الزوج ان يلحقه به والا اقيمت عليه الدعوى من قبل الزوجـــة او المولـــود او ولـــي الامر لاستصدار حكم بإثبات النسب ، فجحُد النسب حرام فقد صح عـــن رســـول الله ﷺ قوله: ((**ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يـــدخلها الله جنته ، وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله تعالى منه وفضـــحه علـــى رؤوس الاولين والآخرين يوم القيامة**)) [2] .

---

(١) سورة الاسراء ، الآيات ٢٣ - ٢٤ .

(٢) محمد ابن حبان (ت ٣٥٤هـــ) ، صحيح ابن حبان ، تحقيق شـــعيب الارنـــؤوط ، ط٢ ، مؤسســـة الرسالة ، بيروت، لبنان (١٤١٤هـــ - ١٩٩٣م) ، باب ثبوت النسب وما جاء في القـــانون ، رقـــم (٤١٠٨) ، ج٩، ص٤١٨. ومحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت ٤٠٥هـــ) ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان (١٤١١هـــ - ١٩٩٠م) ، كتاب الطلاق، رقم (٢٨١٣) ، ج٢ ، ص٢٢٠ . وعلي بن ابي بكر الهيثمي (ت٧٣٥) ، موارد الضمأن ، تحقيـــق محمد عبد الرزاق حمزة ، ط١، دار الكتب العلمية ، باب اللعان برقم (١٣٣٥) ، ج١ ، ص٣٢٥ . واحمد بن ابي بكر ابن اسماعيل الكناني (ت ٧٦٢ هـــ) مصباح الزجاجة ، تحقيق محمـــد المنتقـــي الكشناوي ، ط٢ ، الدار العربية ، بيروت ، ١٤٠٣هـــ ، باب من انكر ولـــده ، ج٣ ، ص١٩٤٩ . وسنن البيهقي الكبرى ، المصدر السابق، باب التشديد في ادخال المرأة على قوم من ليس منهم وفي نفي الرجل ولده ، برقم (١٥١١٠) ، ج٧ ، ص٤٠٣، ومحمد بـــن ادريـــس الشـــافعي ، ط١ ، (ت ١٥٠هـــ) مسند الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ ، كتاب الظهـــار واللعـــان، ج١،=

ان نسب الولد الى ابيه فيه حق للزوج وللزوجة وللولد وفيه حق لله تعالى فإن لاعن الزوج زوجته ونفى نسب ولده منه ثم ثبت بالادلة الشرعية المعتبرة ومنها البصمة الوراثية ان المولود ينتسب الى الزوج الملاعن فان نسب الولد من ابيه يثبت اما بإستلحاقه له او باقامة الدعوى ضده ، حيث ان اثبات النسب لا يسقط شرعا وفي ذلك اقامة للعدل وإحقاق للحق واعمال لشرع الله تعالى ، وبهذا نخلص الى القول ان اللعان يمنع من اقامة حد القذف بحق الزوج وحد الزنا بحق الزوجة بعد تمامه ولكن ذلك لا يمنع من اللجوء الى البصمة الوراثية لاثبات نسب الولد الى ابيه الذي نفاه عن فراشه ، فالاقسط عند الله ان يلحق المولود بابيه الذي هو من صلبه .

المطلب الثاني:

نطاق اثبات النسب بالبصمة الوراثية في التشريع العراقي

بعد ان بينا موقف الفقه الاسلامي من اثبات النسب بالبصمة الوراثية وعدم جواز لجوء الزوج الى البصمة الوراثية لنفي النسب وان الطريق الوحيد لنفي نسب الولد من فراش الزوجية هو اللعان ، نأتي على بيان موقف المشرع العراقي من البصمة الوراثية في اثبات النسب او نفيه .

يتطلب بيان موقف المشرع العراقي من البصمة الوراثية في اثبات النسب او نفيه ان نأتي على ذكر اهم النصوص القانونية المتعلقة باثبات النسب واحكام جريمة الزنا في التشريع العراقي ومدى التوافق والاختلاف في الاحكام بين الشريعة الاسلامية والقانون.

فقد جاء في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ما يأتي[١] :

١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها .

=ص٢٥٨. واحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ) سنن النسائي (المجتبى) ، تحقيق عبد الفتاح ابو غدة ، ط١، مكتب المطبوعات الاسلامية ، حلب (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) ، باب التغليظ في الانتفاء من ولده ، برقم ٣٤٨١ ، ج٦ ، ص١٧٩ .

(١) نشر القانون في الوقائع العراقية ، العدد (٢٨٠) في ٣٠ / ١٢ / ١٩٥٩ .

٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمبادئ الشـريعة الاسـلامية الاكثـر ملائمة لنصوص هذا القانون .

٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الأُخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية .

وقد نظم القانون المذكور احكام النسب في الفصل الاول من الباب السادس وذلك فـي المواد (٥١ - ٥٤) حيث جاء في المادة الحادية والخمسين الآتي :

"ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين :

١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل .

٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا" .

اما المواد الاخرى فقد تضمنت احكام الاقرار بالنسب وكما يأتي :

المادة الثانية والخمسون :

١- الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له ان كـان يولد مثله لمثله .

٢- اذا كان المقر امرأة متزوجة او معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه او بالبينة.

المادة الثالثة والخمسون :

إقرار مجهول النسب بالابوة او الأُمومة يثبت به النسب اذا صدقه المقر له وكان يولد مثله لمثله.

المادة الرابعة والخمسون :

الاقرار بالنسب في غير البنوة والابوة والأُمومة لا يسري على غير المقر الا بتصديقه.

واذا امعنا النظر في المواد القانونية الآنفة الذكر نجد ان المشرع العراقي قد اخـذ باحكام المادة الاولى من القانون المدني ذي الرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بعد ان صاغها بشـكل يتفق ومبادئ الشريعة الاسلامية اذا جعلت المادة الاولى من قانون الاحـوال الشخصـية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ النصوص القانونية الواردة فيه واجبـة التطبيـق علـى المسائل التي تتناولها في لفظها او فحواها فاذا لم يوجد نص حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون ولو عدنا الى الاحكام الخاصة بالنسب لوجدنا ان المشرع العراقي ذكر اهم المبادئ العامة لاحكام النسب في المواد (٥١ - ٥٤)

تاركاً للقضاء الرجوع الى المطولات الاكثر ملائمة لاحكام القانون بعد ان وجد المشرع ان من المتعذر عليه وضع قانون يجمع الاحكام لكافة المسائل الكلية والجزئية[١] .

ونظراً لتعلق إثبات النسب بقانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩[٢] فلابد لنا من الإشارة الى المادة الحادية عشرة من القانون المذكور والتي وردت في الفصل الثالث تحت عنوان نطاق سريان القانون حيث جاءت على الشكل الآتي :

المادة (١١) يسري هذا القانون على :

اولا. القضايا المدنية والتجارية .

ثانيا. المسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية .

ثالثا. المسائل غير المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية ما لم يوجد دليل شرعي خاص او نص في قانون الاحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون ، ونظرا لتعلق نفي النسب بواقعة الزنا فلابد لنا من العودة الى قانون الاحوال الشخصية لمعرفة موقف المشرع من كيفية اثبات هذه الواقعة ومدى انسجام موقف المشرع مع احكام الشريعة الاسلامية ، فقد اعتبر المشرع العراقي جريمة الزنا سبباً من اسباب التفريق حيث ورد في المادة الاربعين ما يأتي :

"لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الآتية : اذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية ، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ، ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه"[٣].

هذا وقد اجاز المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية إثبات التفريق بكافة وسائل الاثبات حيث جاء في المادة الرابعة والاربعين الآتي :

---

(١) ينظر في ذلك الاسباب الموجبة لقانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) نشر القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) العدد ٢٧٢٨ في ٣ / ٩ / ١٩٧٩ .

(٣) ينظر في ذلك القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨ ، قانون التعديل الثاني في القانون الاحوال الشخصية والمنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٦٣٩ في ٢٠ / ٢٠ / ١٠٠٨، وكذلك القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ قانون التعديل السابع لقانون الاحوال الشخصية والمنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٨٦٣ في ٢١ / ١٢ / ١٩٨١.

"يجوز اثبات اسباب التفريق بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع اذا كانت متواترة ، ويعود تقديرها الى المحكمة وذلك باستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لاثباتها".

وبهذا نستنتج ان المشرع قد اجاز اثبات جريمة الزنا بكافة وسائل الاثبات ، فيجوز الاثبات عن طريق الفحوصات الطبية بأخذ مسحة من الفرج ، كما يجوز اثبات الجريمة عن طريق الشهادات الواردة على السماع او الاقرار ، او عن طريق فحص الحمض النووي للجنين، فالمشرع لم ينص على وسيلة معينة لاثبات واقعة الزنا ، وانما نص على وسيلة معينة للاثبات في حالات خاصة منها ما ورد في الفقرة أولا / ٤ من المادة الثالثة والأربعين والتي حددت اثبات عنة الزوج او ابتلاءه بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية بتقرير طبي صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ، فالقانون قد حدد الإثبات هنا بشكل صريح وذلك عن طريق التقرير الطبي الصادر من لجنة طبية رسمية مختصة ، أما في جريمة الزنا فان المشرع لم ينص على طريق معين لاثباتها ولا يمكن الاحتجاج بالمادة ١١ / ثالثا من قانون الاثبات والتي نصت على ان قانون الاثبات يسري على المسائل غير المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية ما لم يوجد دليل شرعي خاص او نص في قانون الاحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون .

فرغم ان جريمة الزنا لها دليل شرعي خاص في اثباتها وذلك بنص القرآن الكريم في قوله تعالى :] **i h g f e d c b a`_ ^] \ [** **. (١)Z { z y x w v u t s r q p o n m l k j**

وقوله تعالى في حق الازواج] **أَزْوَاجَهُمْ ~ } ¨ § ¦ ¥ ¤ £ ¢ ¡** **½ ¼ » º ¹ ¸ ¶ µ ´ ³ ² ± ° ¯ ® « ª ©**

ÑÐÏ Î Í Ì Ë Ê É È ÇÆÄ Ã Â Á À ¿ ¾

.(٢)Z Ò

---

(١) سورة النور ، الآية ٤- ٥ .

(٢) سورة النور ، الآيات ٦ - ٩ .

إلاّ ان أدلة اثبات هذه الجريمة في التشريع العراقي غير مقيدة بالاحكام الخاصة التي وردت في القرآن الكريم ، وهذا ما يمكن التوثق منه بالاطلاع على قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ ، المعدل ومن خلال استقراء الوقائع القضائية، اضافة الى ذلك فان الاحكام المترتبة على ثبوت واقعة الزنا في التشريع العراقي تتناقض كليا مع الاحكام المترتبة على ثبوت واقعة الزنا في الشريعة الاسلامية ، فقانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ ، نص في المادة -١- "لا عقاب على فعل او امتناع الا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون"، فقانونية الجريمة والعقاب محددة بالنصوص العقابية الواردة في القانون الوضعي وهي من النظام العام وعلى القضاء الالتزام بها .

وقد فصل قانون العقوبات احكام جريمة زنا الزوجية في المواد (٣٧٧ - ٣٨٠) تحت عنوان الجرائم التي تمس الاسرة فقد نصت المادة ٣٧٧ على الآتي :

١- تعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها .

٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج اذا زنا في منزل الزوجية .

وقد حصر المشرع تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين بالزوج الآخر وبقيود معينة فقد نصت المادة ٣٧٨ من القانون على ما يأتي :

١- لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين او اتخاذ أي اجراء فيها إلاّ بناءً على شكوى الزوج الآخر ، ولا تقبل الشكوى في الاحوال الآتية :

أ- اذا قدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة اشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب- اذا رضي الشاكي باستئناف الحياة الزوجية بالرغم من اتصال علمه بالجريمة .

جـ- اذا ثبت ان الزنا تم برضاء الشاكي .

٢- يقصد بالزوج في حكم هذه المادة من تتوافر فيه هذه الصفة وقت وقوع الجريمة او زالت عنه بعد ذلك ، ويبقى حق الزوج في تحريك دعوى الزنا الذي ترتكبه زوجته الى انتهاء اربعة اشهر بعد طلاقها.

وعلى الرغم من اعتبار المشرع جريمة الزنا نوعاً من انواع الجرائم الوسطية في جسامتها ، اذ اعتبرها جنحة تختص بنظرها محكمة الجنح[١] ، فان المشرع قد وضع طرقا عديدة لانقضاء الدعوى ، فقد جاء في المادة ٢٧٩ ما يأتي :

١- تنقضي دعوى الزنا ويسقط الحق المدني بوفاة الزوج الشاكي او تنازله عن محاكمة الزوج الزاني او برضاء الشاكي بالعودة الى معاشرة الزوج الزاني قبل صدور حكم نهائي في الدعوى ، ويعتبر تنازل الزوج عن محاكمة زوجته الزانية تنازلا عن محاكمة من زنا بها.

٢- وللزوج كذلك ان يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجه ، واذا توفي الشاكي يكون لكل من اولاده من الزوج المشكو منه او الوصي عليهم ان يمنع السير في تنفيذ الحكم .

ولابد من الاشارة الى ان المشرع قد عاقب الزوج اذا حرّض زوجته على ارتكاب جريمة الزنا ، ولكن لم يشر الى عقوبة جريمة الزوجة التي قد تحرض زوجها على الزنا فقد جاء في المادة ٣٨٠ الآتي :

"كل زوج حرّض زوجته على الزنا فزنت بناء على هذا التحريض يعاقب بالحبس".

ان التامل في النصوص القانونية واستقراء الوقائع القضائية يؤدي الى القول بعدم امكانية اللجوء الى اللعان لاثبات واقعة الزنا او لنفي نسب الحمل او المولود ، فالاحكام الشرعية المترتبة على اللعان لا يمكن اقامتها ومنها اقامة حد القذف على الزوج الذي يرمي زوجته بالزنا ويمتنع من الملاعنة[٢] ، او اقامة حد الزنا على الزوجة التي رماها زوجها بالزنا ولاعنها على ذلك ونفى حملها وامتنعت هي عن الملاعنة ، فليس امام القضاء الا الالتزام بالنصوص القانونية الواردة في التشريع العراقي .

ورغم ذلك فان القضاء العراقي قد اخذ بجانب من احكام الشريعة الاسلامية في اثبات النسب فاعتمد حديث ((**الولد للفراش**)) مجتزءا ، واعتمد رأي الاحناف في تحديده

---

(١) ينظر في ذلك المواد (٢٣-٢٧) من قانون العقوبات العراقي رقم(١) لسنة١٩٦٩ المتعلقة بالجرائم من حيث جسامتها.

(٢) ينظر في احكام القذف والسب في التشريع العراقي المواد(٤٣٣ -٤٣٦) من قانون العقوبات رقم ١١١، لسنة ١٩٦٩.

لاقصى فترة الحمل وهي سنتان رغم ان ما ذهب اليه الاحناف لا يستند الى دليل شرعي من كتاب او سنة وإنما استندوا الى قول أُم المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) **(ان الولد لا يبقى في بطن أُمه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل)**[1] ، وان العلم الحديث قد اثبت عدم صحة هذا الرأي ، كما ان القضاء العراقي إعتمد نتائج الفحوصات الطبية لغرض اثبات النسب للزوج ولم يعتمدها في نفي النسب[2] وهذا اتجاه معيب من قبل القضاء العراقي ربما اضطر اليه قاصداً التوفيق بين رأي المذهب الحنفي واحكام القانون الوضعي في هذا الموضوع .

ان تطبيق النصوص القانونية الواردة بالتشريع العراقي وخاصة الجزائية منها يستلزم القول بوجوب الاخذ بنتيجة فحص البصمة الوراثية في اثبات النسب او نفيه متى حدث نزاع حول ذلك بغية ان تتطابق الحقيقة القضائية مع الحقائق العلمية التي توصل اليها العلم الحديث، اذ ان المشرع العراقي لم يستند الى الاحكام الشرعية لجريمة الزنا والقذف التي وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة .

وبخلافه فان على المشرع اعادة النظر في النظام القانوني لاحكام جريمتي الزنا والقذف وبما يتطابق مع احكام الشريعة الاسلامية عندها يصبح بإمكان القضاء الاستعانة بنتائج البصمة الوراثية في اثبات النسب ونفيه وبشكل يتفق واحكام الشريعة الاسلامية المتعلقة باثبات النسب حيث تتطابق الحقيقة القضائية مع الحقائق العلمية وبما يحقق مقاصد الشريعة الاسلامية في حفظ الضروريات من دين ، وعقل ، ونفس ، وعرض ،

---

(١) ينظر: كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي (المتوفى سنة ٨٦١هـ)، شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار، للمولى شمس الدين احمد المعروف بقاضي زاده (المتوفى سنة ٩٨٨هـ) ، والهداية شرح بداية المبتدئ ، تاليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني (المتوفى سنة ٥٩٣هـ). في الفقه على مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة. وشرح العناية على الهداية للإمام اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (المتوفى سنة ٧٨٦هـ). وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى جلبي (المتوفي سنة ٩٤٥هـ). وشرح العناية المذكور وعلى الهداية، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ج٣، ص٣١٠ .

(٢) ينظر: قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٩٦ موسعة ثانية /٩٩ صادر في ٢٠٠٠/٩/١٠ ، ولمزيد من التفصيل ينظر: نادية خير الدين عزيز، طرق الاثبات في دعاوى الاحوال الشخصية المتعلقة بالمسائل غير المالية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل ٢٠٠٢ ، ص ٢٣٤ - ٢٤٠.

ونسب، ومال[1] اذ لا يمكن القول بالاخذ بحديث **((الولد للفراش))** وعدم الاعتداد بالاحكام الشرعية المتعلقة بجريمتي الزنا والقذف المنصوص عليها في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، ومنها اقامة حد الزنا وحد القذف بإعتبارهما من ثوابت الشريعة الاسلامية التي لا يمكن تجاوزها ، علما ان المشرع العراقي لا يقبل من القاذف إقامة الدليل الا اذا كان القذف موجهاً الى موظف او مكلف بخدمة عامة او الى شخص ذي صفة نيابية عامة او كان يتولى عملا يتعلق بمصالح الجمهور وكان ما اسنده القاذف متصلا بوظيفة المقذوف او عمله .

---

(١) ينظر: د. محمد تقية، المختصر في اصول الفقه، ط١، مؤسسة الكتاب الثقافية، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ص٢٣٢ - ٢٣٤. وابراهيم بن موسى اللخمي المالكي الشاطبي (ت٧٩٠ هـ)، الموافقات في اصول الشريعة، ط١، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د.ت، ج٢، ص٨ . وكذلك: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه ، ط٣ ، مؤسسة الرسالة ، (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ، ص٣٧٩ .

الخاتمــة والنتائـج

١- ان النتائج الحتمية لتطور الابحاث العلمية وتراكم العبر والدروس وتعاقــب الــدهور تثبت ان الشريعة الاسلامية شريعة متطورة بذاتها لا يعارض احكامها حسٌ ولا عقل، فالله سبحانه وتعالى هو الخالق لعباده والمشرع العدل العالم الخبير بــأحوالهم ، قــال تعالى :] , - . / 0 1 2 Z[1] ، وقد امر الله سبحانه وتعالى عبــاده بطلب العلم والاخذ بالاسباب فقال وقوله الحق:] K L M N O P Q R S T U V W X Y Z [\ ] ^ _ ` a b Z[2] ، فالعلم عبادة فيها طاعة لله عز جلاله والعبادة علم رفع الله شانه قال تعالى:] ¯ ° ± ² ³ ´ Z[3] .

٢- أثبتت الابحاث العلمية والوقائع العملية في موضوع البصمة الوراثية وبشــكل قــاطع يصل الى مرتبة اليقين ان لكل انسان بنية جينية ينفرد بها يــرث نصــفها مــن أُمــه والنصف الآخر من أبيه ، وان فحص الموروثات الجينية يبين بشكل قاطع لا لبس فيه نسب المولود الى ابويه في حالتي الاثبات والنفي ، فالبصمة الوراثية ما هي إلاّ قرينة قضائية معاصرة تستند الى العلم والوسائل التقنية الحديثة في مجالات علــم الوراثــة والعلوم المرتبطة به .

٣- ان التكييف القانوني للبصمة الوراثية كدليل من ادلة الاثبات المعتبرة لا يختلف عــن التكييف الفقهي ، فهي دليل من ادلة الاثبات غير المباشرة ، وهي دليل قاطع لا تقبــل الشك بحد ذاتها كوسيلة علمية معتبرة في اثبات النسب وهذا ما يميزها عــن غيرهــا من الادلة الاخرى مثل اعتماد فصيلة فحص الدم او القيافة .

٤- رغم ما تمتاز به البصمة الوراثية من دقة الاثبات فان اعتماد البصمة الوراثية لاثبات النسب مقيد في حالات معينة وهي الحالات التي تتفق مع مقاصد الشريعة الاســلامية

---

(١) سورة الملك ، الآية ١٤ .

(٢) سورة العلق ، الآيات ١ - ٥ .

(٣) سورة فاطر ، الآية ٢٨ .

في حفظ الدين والنفس والنسب والعقل والمال ، وهي ذات الحالات التي يجوز فيها اعتماد القيافة حسبما بينت ذلك مصادر الاحكام الشرعية .

٥- لا مجال لاعمال البصمة الوراثية لاثبات واقعة الزنا واقامة الحد ، وقد اثبت العلم الحديث والوقائع العملية ان من الممكن ان تحمل المرأة بمولود شرعي او غير شرعي دون اتصال جنسي مباشرة ، ويتم ذلك الحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي، لا بل قد تعمد امرأة الى ان تضع في رحمها بيضة ملقحة لا تعود لها لتحمل مولودا لحسابها او لحساب غيرها ، وقد تعمد امرأة الى تلقيح بويضتها بحيمن رجل اجنبي محرم عليها الاتصال به متوسلة في ذلك بالطرق المختبرية الحديثة دون ان ترتكب جريمة الزنا بوصفها الشرعي الذي حددته الشريعة الاسلامية .

٦- ان عظمة الشريعة الاسلامية تتجلى في الكتاب الكريم واعجازه العلمي حيث اوجبت آيات القرآن الحكيم الاتيان باربعة شهود لاثبات واقعة الزنا بغية ايقاع الحد وهذا ما لم تصل الى ادراكه وفهمه والعمل به كافة التشريعات الوضعية التي وضعها البشر منذ خلق الله سبحانه وتعالى الأرض ومن عليها وحتى تاريخ اكتشاف البصمة الوراثية ووسائل التلقيح الاصطناعي في النصف الثاني من القرن الماضي ، فلو ان الشريعة الاسلامية اجازت اقامة (حد الزنا) معتمدة في ذلك قرينة الشبه (القيافة) لوجب القول باقامة حد الزنا متى ثبت باختبار البصمة الوراثية ان المولود لا ينتسب الى الزوج ، وهذا يتعارض مع احتمالية حمل المرأة عن طريق عقد انتفاع او ايجار لرحمها او ان الزوجة قد حملت عن طريق زرع بويضة ملقحة تعود لها او لغيرها ولكنها ملقحة بحيمن رجل اجنبي بواسطة المختبرات العلمية وهو ما يجري العمل به في بعض البلدان التي فتحت فيها العديد من العيادات التجارية لهذا الشأن ، وعلى هذا فقد قضى رسول الله ﷺ بما ورد في القرآن الكريم في قضية هلال بن أُمية بقوله ((لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن)) وبهذا أرسى الرسول الكريم ﷺ قاعدة شرعية مفادها ان قرينة الشبه المستندة الى القيافة (البصمة الوراثية) لا تعتمد كدليل لاثبات واقعة الزنا ، ولو ان الرسول ﷺ قضى بخلاف ذلك لتعارض شرع الله مع ما توصل اليه العلم الحديث والامر محال وفي ذلك دليل على ان علم الله وقضائه وعدله هو رحمة احاطت بعباده قبل ان تحيط عقولهم بها .

٧- اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد اخذ في قانون العقوبات وقانون الاحـــوال الشخصـــية وقانون الاثبات باحكام تتعارض مع ثوابت الشريعة الاسلامية فهو قد وضـــع قواعـــد لاثبات واقعة الزنا واحكاما موضوعية لا تتفق واحكام الشريعة الاسلامية ، فاجاز في قانون الاحوال الشخصية اثبات جريمة الزنا بكافة الادلة ومنها الشهادة على الســـماع كما ان المشرع العراقي والقضاء العراقي لم يأخذ باللعان كطريق لنفي النســـب مـــن قبل الزوج طالما ان اللعان يصل به الى نتائج تتعارض مع قواعد قانونيـــة اعتبرهـــا المشرع من النظام العام والزم القضاء العمل بها .

٨- على الرغم من تمكن الزوجة او المولود طلب اللجوء الى البصمة الوراثيـــة لاثبـــات النسب ولكن ليس بامكان الزوج طلب اللجوء الى اللعان لنفي النسب وهذا مـــا اوقـــع القضاء العراقي في حرج كبير لتعارض الادلة الشرعية الخاصـــة مـــع النصـــوص القانونية الملزمة.

٩- نقترح على المشرع العمل لوضع احكام خاصة لاثبات النسب او نفيـــه عـــن طريـــق البصمة الوراثية واللعان مستمدة من المصادر الاصلية للأحكام الشرعية وما اجمـــع عليه فقهاء الأُمة وهذا يستلزم استبدال العديد من النصوص القانونية التي لهـــا صـــلة بالموضوع اذ ان الكثير من النصوص القانونية والتي اشرنا اليها في بحثنا تتعـــارض مع ثوابت الشريعة الاسلامية .

١٠- ان الدستور العراقي لا يجيز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ، وهـــذا بالضرورة يعني عدم جواز العمل بالاحكام القانونية المتعارضة مع احكـــام الشـــريعة الاسلامية ووجوب تغليب الاحكام الشرعية على النصوص القانونية عند تعارضـــهما وذلك لعدم دستورية النصوص القانونية المخالفة للاحكام الشرعية وتحقيقا لمبدأ وحدة التشريع ووضوحه .

ومـــن الله الرشـــد والســـداد

مصـــادر البحـــث

أولا. كتـــب اللغـــة :

١- أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هـــارون ، دار الكتب العلمية ، ايران ، د.ت

٢- ابن منظور ، لسان العرب ، دار احياء التراث العربي .

٣- د. محمد رواس قلعه جي ود. حامد صادق قنيبي ، معجم لغـــة الفقهـــاء ، ط٢ ، دار النفائس، بيروت (١٤٠٨هـــ - ١٩٨٨م) .

ثانيا. كتـــب التفسيـــر :

٤- سليمان بن احمد بن ايوب الطبراني ، المعجم الكبير ، تحقيق حمدي بن عبد المجيـــد السلفي، ط٢ ، مكتبة دار العلوم والحكم ، الموصل ، (١٤٠٤هـــ - ١٩٨٣م).

ثالثا. كتـــب الحديـــث :

٥- احمد بن ابي بكر بن اسماعيل الكناني ، مصباح الزجاجة ، تحقيـــق محمـــد المنتقـــي الكشناوي، ط٢ ، الدار العربية ، بيروت ، ١٤٠٣هـــ.

٦- احمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ط١ ، مكتبة الصفا، القاهرة، ١٤٢٤ هـــ - ٢٠٠٣م .

٧- احمد بن الحسين بن علي بن موسى ابو بكر البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى ، تحقيـــق محمد عبد القادر عطا - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة (١٤١٤هـــ - ١٩٩٤م) .

٨- احمد بن شعيب النسائي ، سنن النسائي (المجتبى) ، تحقيق عبد الفتاح ابو غدة ، ط١، مكتب المطبوعات الاسلامية ، حلب (١٤٠٦هـــ - ١٩٨٦م) .

٩- علي بن ابي بكر الهيثمي ، موارد الضمأن ، تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة ، ط١ ، دار الكتب العلمية .

١٠- محمد بن اسماعيل البخاري ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت (١٤٢٣هـــــ - ٢٠٠٢م) .

١١- محمد بن حبان ، صحيح ابن حبان ، تحقيق شعيب الارنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، ط٢ ، بيروت، لبنان ، (١٤١٤هـــ - ١٩٩٣م) .

١٢- محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي ، تحقيق احمد محمد شاكر وآخـــرون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .

رابعا. كتـــب الفقـــه وأصولـــه :

١٣- ابراهيم بن موسى اللخمي المالكي الشاطبي (ت٧٩٠ هـــ) ، الموافقات في اصول الشريعة ، ط١ ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، د.ت .

١٤- ابن القيم الجوزية ، الفراسة ، تحقيق صلاح احمد السامرائي ، بغداد ١٩٨٦ .

١٥- حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري ، شرح أدب القاضي للخصاف (ت٢٦١هـــ) تحقيق د. محيي هلال السرحان ، ط١ ، مطبعة الإرشـــاد ، بغـــداد (١٣٣٧هـــ - ١٩٧٧م) .

١٦- شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبـــل ، المطبعة المصرية ، القاهرة .

١٧- د. عبد الكريم زيدان، الوجيز فـــي اصـــول الفقـــه ، ط٣ ، مؤسســـة الرســـالة ، (١٤٠٥هـــ - ١٩٨٥م).

١٨- علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع ، ط٢ ، دار الكتـــاب العربـــي ، بيـــروت ، ١٩٨٢ .

١٩- علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المحلى ، ادارة ، المطبعة المنيريـــة، مصر ، (١٣٥٢هـــ) .

٢٠- كمال الدين ابن الهمام ، شرح فتح القدير مع تكملته نتائج الافكـــار فـــي كشـــف الرموز والاسرار، للمولى شمس الدين قاضـــي زاده ، والهدايـــة شـــرح بدايـــة المبتدئ، لبرهان الدين المرغيناني . وشرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي. وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيســـى المغنـــى الشهير بسعدى حلبي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٢١- محمد بن ابي سهيل السرخسي، المبسوط، ط١، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـــ.

٢٢- محمد بن ادريس الشافعي، مسند الشافعي، ط١، دار الكتـــب العلميـــة، بيـــروت، ١٩٩٦.

٢٣- د. محمد تقية ، المختصر في اصول الفقـــه ، ط١ ، مؤسســـة الكتـــاب الثقافيـــة (١٤٢١هـــ- ٢٠٠٠م).

٢٤- محمد قدري باشا وشرحه لاحمد زيد الابياني ، الاحكام الشرعية فـــي الاحـــوال الشخصية مع ملحق قوانين الاحوال الشخصية العربية ، دراسة وتحقيـــق مركـــز

الدراسات الفقهية الاقتصادية، ط١ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م) .
٢٥- د. هاشم جميل عبد الله ، مسائل من الفقه المقارن ، ط٢ ، مطبعة التعليم العالي (١٩٩٩) .
٢٦- د. وهبه الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ط٩ ، دار الفكر ، دمشق ، ط٩ (١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م) .

خامسا. كتب القانون :

٢٧- د. احمد مسلم ، اصول المرافعات المدنية ، دار الفكر ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
٢٨- د. ادور عيد ، قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية في القانون اللبناني ، بيروت ، مطبعة ستاركو ، ١٩٦٢ .
٢٩- أ. ضياء شيت خطاب ، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
٣٠- د. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الاثبات ، ط١ ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨ .
٣١- د. محمد عبد اللطيف ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٧٣ .
٣٢- د. محمود عبد العزيز خليفة ، النظرية العامة للقرائن في الاثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن ، مصر ١٩٨٧ .

سادسا. كتب الطب :

٣٣- د. خالص كنجو، الطب محراب للايمان، ط١ ، دمشق ، ١٣٩١هـ - ١٩٧١م .
٣٤- د. عبد الناصر ابو البصل وآخرون ، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة ، ط١ ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) .
٣٥- د. محمد علي البار ، الجنين المشوه والأمراض الوراثية ، ط١ ، دار القلم، بيروت، ١٩٩١ .
٣٦- د. ناطق محمد جواد النعيمي ، الاعجاز القرآني ، بحوث المؤتمر الاول للاعجاز القرآني ، مطابقة علم الاجنة لما في القرآن والسنة (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) .

سابعا. الرسائـــل الجامعيـــة :

٣٧- أ. آدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، رسالة ماجستير مقدمـــة الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ١٩٧٢ .

٣٨- أ. ندى سالم حمدون ملا علو ، نسب المولود في الشريعة الاســـلامية والتشـــريع العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، ١٩٩٧ .

٣٩- أ. نادية خير الدين عزيز الحاتم ، طرق الاثبات في دعاوى الاحـــوال الشخصـــية بالمسائل غير المالية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ٢٠٠٢ .

ثامنا. الموسوعـــات العلميـــة :

٤٠- موسوعة جمال عبد الناصر ، مطابع الأهرام ، القاهرة ، ١٣٩٠هـــ .

٤١- موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي ، ط١٠ ، دار الثقافـــة ، قطر ، (١٤٢٧هـــ - ٢٠٠٨م) .

٤٢- موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، مكتبة ابـــن حجر، دمشق (١٤٢٨هت - ٢٠٠٧م) .

تاسعا. بحـــوث وفتـــاوى :

٤٣- د. فواز صالح : حجية البصمة في اثبات النسب ، مجلـــة الشـــريعة والقـــانون ، جامعة الامارات العربية ، العدد التاسع (١٤٢٤هـــ - ٢٠٠٣م) .

٤٤- د. علي عبد الواحد وافي ، الوراثة وقوانينها ومظاهرها الغربية ومراعاتهـــا فـــي الجاهلية والاسلام، مجلة الازهـــر ، القـــاهرة ، الســـنة السادســـة والثلاثـــون ، (١٣٨٤هـــ-١٩٦٤م).

٤٥- جمال الحوشبي ، البصمة الوراثية واثبات النسب ، استطلاع على الموقع : www.nooran.arg.pdf

٤٦- د. يوسف القرضاوي ، ثبوت النسب حق للمرأة لا للرجل ، فتوى منشـــورة فـــي مجلة الاسي الطبية ، المجلد السادس ، العدد ١٢ (١٤٢٩هـــ - ٢٠٠٨م) .

عاشرا. القوانيـــن العراقيـــة :

٤٧- القانون المدني ، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٤٨- قانون الأحوال الشخصية ، رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .

٤٩- قانون العقوبات ، رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .
٥٠- قانون أصول المحاكمات الجزائية ، رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ .
٥١- قانون الإثبات ، رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .
٥٢- دستور جمهورية العراق ، لسنة ٢٠٠٥ .