المقدمـة

الحمد لله لمن خلق خير الناس نسباً وأشرفهم صُلبا وأطيبهم منبتاً نبينا الكريم محمد (ﷺ) ، الذي أمَر الناس أن يتخيروا لنطفهم لتطهر أنسابهم والصلاة والسلام لمن أَمر الشباب بالزواج وحثهم على التناسل والتكاثر ليباهي بهم الأمم يوم القيامة ٠

تعد رابطة النسب من أقوى الروابط والأسس التي يقوم عليها بناء الأسرة الانسانية ، لذا فقد عُني بها الإسلام عنايةً كبيرة ، فنهى الأباء على أن ينكروا نسب الأولاد الذين منهم قال تعالى " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَأن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ "[1] كما نهى على أن يدعوا ابناء غير ابنائهم وينسبوهم اليهم قال تعالى "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ"[2] ، كما حرم على النساء أن لا ينسبن لأزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم ، ونهى على الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم .

فالأسرة تعد الخلية الاساسية للمجتمع ولغرض المحافظة عليها لابد من ان تقوم على اسس راسخة تتجلى بالزواج ، فالزواج يعد اداة تحليل مخالطة الرجل للمرأة بما يستلزمه ذلك فجعل الزوجة مختصة في حق الاستمتاع ومحرمة على غيره ، واذا ما اثمرت هذه المخالطة عن الاولاد التي تعد ثمرة الحياة الزوجية فأنه ينسب للرجل ، فقد احاطت الشريعة الاسلامية الانسان عناية فائقة وحفظت حقوقه في النسب وضعت الإحكام الخاصة بما يكفل حياة الولد من الضياع ويصون الإعراض ويمنع اختلاط الأنساب ، فجاء الإسلام بطرق عامة لاثبات النسب وهي البينة والاقرار والقرعة وحكم القاضي والاستفاضة اما طرق الاثبات الخاصة هي الفراش والقيافة والاستلحاق والحمل وعلية فأننا سنتناول في الفصل الأول كلا من الطرق (قيام الزوجية والإقرار والشهادة) لثبوت النسب .

أن ظهور العديد من المستجدات الطبية والعلمية ومنها فصائل الدم والبصمة الوراثية التي يمكن الركون اليها في المجالات الجنائية منها والمدنية وخاصة مسألة النسب ،فالدم يتكون من عدة عناصر هي البلازما والتي تتألف من الماء والبروتينات ومواد كيمياوية اخرى ، وكريات الدم والتي تقسم إلى نوعين هي كريات دم حمراء وكريات دم بيضاء ، وأخيراً الصفيحات الدموية .

وتنقسم الفصائل الدموية عند الإنسان إلى اربعة اقسام هي (A,B,O,AB) ، إذ اثبتت الدراسات الإحصائية أن فصيلة الدم (O) تبلغ نسبة ٤٦% لدى البشر أما فصيلة الدم (A) فتبلغ نسبة ٤١% ، وفصيلة (B) ٨% ، وفصيلة (AB) ٥% ، الا أن الاستفادة من تحديد فصائل الدم في

١- أنظر: الاية (٥) من سورة الأحزاب .
٢- أنظر: الاية (٤) من سورة الأحزاب.

قضايا النسب تبقى قاصره على جانب النفي فقط من غير اثبات على عكس البصمة الوراثية التي تعد دليل اثبات ونفي كما سنبين في الرسالة لاحقا ، فاذا ادعت امرأة أن فصيلة دمها (AB) على رجل يحمل نفس الفصيلة وأنجبت منه طفلا فصيلة دمه (O) ، فمن خلال ذلك يستطيع الرجل أن ينفي نسب الطفل عنه ، وذلك لأن فصيلة الدم المحتملة للطفل من هذين الزوجين لابد أن تكون أما(A) أو (B) أو (AB) . أما لوكان كانت فصيلة دم الطفل (A) مثلاً فأنه كذلك يتعذر الجزم بأن هذا الطفل يعود للاب ، وذلك لاحتمال أن تكون فصيلة دم والدهُ الحقيقي أحدى فصائل الدم التالية (A,B,O,AB) ومن هذا نلاحظ الضعف الواضح في مجال الإثبات واقتصارها على حالات النفي فقط.

وعليه فأن فصيلة الدم يمكن الاستفادة منها كدليل نفي قاطع فقط ، الا أنها لا يمكن أن تكون دليل اثبات بل تبقى قرينه ينقصها البرهان. وبالرغم من اهمية هذه الوسيلة في الإثبات القضائي، الا أن دراستنا سوف تتركز بشكل مفصل على البصمة الوراثية.

واليوم تقف أنسجة وخلايا جسم الإنسان الحيه والميته على منصة الشهود لتشهد بالحق عليه ، فقدمت لنا العلوم البيولوجية طريقة علمية لا تقبل الشك في الإثبات ، وهي عن طريق تحليل الـ (D.N.A) ، فقد خلق الباري هذا الكون واودع فيه اسراراً من المعلومات والصفات والخصائص ، وخلق الإنسان وجعل وجودة يمتاز بالتفرد الخاص في الكثير من صفاته وهذه الخصوصية التي يتميز بها كل فرد من بني البشر أنما هي اية من آيات الله تعالى وهذه الخصوصية تتجلى في بصمة أصابعه وصوته ورائحته، فضلاً عن الكشف الجديد وهو البصمة الوراثية الذي يعتمد على حقيقة مفادها أن لكل أنسان نمطاً خاصاً بترتيب جيناته في كل خليه من خلايا جسدة.

أن هذا الاكتشاف يعد مأثرة عظيمة قدمها علماء البيولوجيا إلى نظام القضاء ، لما يقدمه من دور خطير في اثبات الهوية والكشف عن الحقيقة بصورةً احكم .

اولا - أهمية الموضوع :-

تكمن أهمية موضوع (طرق اثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة) في اظهار منهج الخالق سبحانه وتعالى الذي رسمه لحياة المسلم الذي حماه من هموم الشك والريبة في النسب من جهة اخرى ولأبيَّن بصورة موجزة بعض الامور الجديدة التي تتعلق بالنسب وهي الطرق الحديثة في اثبات النسب ، إذ أصبحت الطرق الحديثة تؤدي دوراً فاعلاً في مختلف جوانب الحياة وبالذات في مجال اثبات النسب ونفيه ، كذلك كثرة الحروب بالمنطقة وجرائم الإبادة البشرية إذ اظهرت الحاجة الماسة إلى الاستعانة بطرق حديثة غير تقليدية في اثبات النسب ، فضلاً عن موقف القضاء العراقي

المتذبذب إزاء الإخذ بالطرق الحديثة في اثبات النسب ، فتاره يأخذ بها كدليل من ادلة الإثبات ، وتارة اخرة يرفض الإخذ بها .

ثانيا – اسباب اختيار الموضوع

أن سبب اختيار لهذا الموضوع تتجلى في :

١- إبراز معالم الشريعة الإسلامية ، واستجلاء مواقفها من الحقائق العلمية ومدى مشروعية تطويعها بهدف انتظام الحياة الاجتماعية وتماسك المجتمع.

٢- لمنع وقوع المحظور بالزواج بين المحارم للجهل بالنسب.

٣- أن الجمع بين الناحية الشرعية والناحية العلمية يحتاج إلى دراسة مستفيضة ودقيقة للوقوف على مدى استخدام مثل هذه الطرق الحديثة في اثبات النسب التي تحتاج الي بيان رأي الشارع في هذا الإمر .

ثالثا – اشكالية البحث

تقوم هذه الدراسة على معالجة عيوب أو مساوئ الطرق التقليدية في اثبات النسب ، والتطرق إلى إشكاليات اثبات النسب بالطرق الحديثة ، ومعرفة مدى قدرت الطرق الحديثة في اثبات النسب وما احدثته الوسائل العلمية الحديثة من ثوره من حيث بيان اثرها في الإثبات وبيان دورها ومدى حجيتها بوصفها وسيلة اثبات في الشريعة والقانون ومعرفة الإثار المترتبة على استخدامها ، وما المعوقات التي تقف امامها خصوصا وأن القانون أشار إلى احترام الحياة الخاصة وعدم انتهاك السلامة الجسدية وعدم جواز الزام الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وكيف معالجة هذه المشاكل .

رابعا - منهجية البحث

سوف نتبع في دراستنا لموضوع ((اثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة)) المنهج المقارن لأنه يعرض الموقف القانوني والفقهي والقضائي وتحليل نصوص قانون الأحول الشخصية العِراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وقانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، وقانون الطب العدلي العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١٣ ، وبيان فيما إذا كانت تلك النصوص قادرة على اثبات النسب ، وستكون الدراسة مقارنة لأنها ستتخذ المنهج المقارن وستعقد المقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري مع الفقه الإسلامي للمذهبين الإمامي والحنفي.

خامسا – خطة البحث

يتكون هذا البحث من مقدمة وثلاثة فصول ، إذ يتناول الفصل الأول اثبات النسب بالطرق التقليدية ، أما الفصل الثاني اثبات النسب بالطرق الحديثة عن طريق البصمة الوراثية التي هي اساس موضوعنا بصوره مفصلة ، أما الفصل الثالث فتناولنا فيه الموازنة بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة ومن ثم خاتمة تحتوي على اهم النتائج والمقرحات ومما لا شك فيه أنني قد لاقيت مصاعب كثيرة في كتابة هذه الرسالة ، الا أنني بذلت ما في وسعي لتجاوز تلك الصعوبات آمِلَةً في إخراج هذه الرسالة على الوجه الأكمل وهذا هو قصدي فأن وفقتُ فهو من عند الله سبحانه وتعالى وأن أخطأت فمن نفسي والشيطان ، والكمال لله وحده والله من وراء القصد أنه نعم المولى ونعم النصير ٠

الفصل الاول

إثبات النسب بالطرق التقليدية

يعـــــد النسب مـن أبرز أثار الزواج الذي عدّهُ الله عز وجل ميثاقاً غليظاً بين الزوجين ، ويعرف النسب بأنه صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد ،وجعل وسيلة لتحقيق غايات نبيلة من اجل رفعت الإنسان والعلو به إلى مستوى لائق هو وذريته ورتب عليه حقوقا بثبوت نسب كل فرد إلى ابيه كي لاتخلط الأنساب وتضيع الأولاد إذ عُني الشارع بتنظيم احكام النسب وحمايته من العبث ولقدسيته احاطته بتعليمات تنتظم منها سلسلة الأسرة المسلمة المتصلة بسند الإباء والأجداد ، فرسم الإسلام لذلك الطرق الصحيحة والسديدة ، إذ جعل لنشوء النسب سببا الا وهو الزواج الصحيح ، وليس فقط الاتصال الجنسي كما كان سائداً ايام الجاهلية ، إذ كانوا ينسبونِ إلى آبائهم ولو نتيجة للزنا .

فالحفاظ على الأنساب أنما هو صيانة للروابط الأسرية ولولاها لسادت الفوضى العارمة في المجتمعات ،فالأسرة هي عماد المجتمع واللبنة الأساسية والحصن المنيع ، وحرم الإسلام التبني لما يترتب عليه من مفاسد كثيرة لكون المتبني ابناً مزوراً في الحقيقة والواقع ، وعنصراً غريباً عن الأسرة التي أنضم إليها ، ولا يحل له أن يطلع على محارمها ، أو يشاركها في حقوقها ، فضلا عن أنه لا ينسجم مع أخلاقها ، ولا يتلاءم مع طباعها ، لإحساسه وإحساس الأسرة بأنه أجنبي عنها ، وكل ذلك من عناية الشريعة الإسلامية بالنسب ، ومزيد رعايتها له تحقيقاً لمقاصد عظيمة ، وحكم جليلة ، لذا يعد الزواج الصحيح من الأدلة الخاصة بأثبات النسب ، فضلا عن وسائل الإثبات الأخرى التي سيتم التطرق اليها في بحثنا ، عليه قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث تطرقنا في المبحث الأول إلى اثبات النسب بالفراش ، أما المبحث الثاني دور الإقرار في اثبات النسب ،اما المبحث الثالث كان حول دور البينة في اثبات النسب .

المبحث الاول

اثبات النسب بالفراش – الحالة الزوجية –

تجمع كل المذاهب الإسلامية (الامامي والحنفي) على أن النسب يثبت بالفراش أصلاً ، فالفراش هو منشئ للنسب ولايحتاج إلى اقرار بذلك ولا إلى أي بينة تسنده [١] .أن من اسباب ثبوت النسب هو الزواج المبني على العقد الصحيح بين الزوجين ، والعقد الصحيح يكون متى ما توافرت شروطه واركانه حتى يكون معتبرا وتترتب عليه الإثار المقصودة منه شرعا [٢] .أن الأصل بالعلاقة بين الرجل والمرأة هي الحرمة حتى يوجد الحل شرعا وقد جعل الشارع الزواج سببا للحل الذي يعد وسيلة لتحصيل الولد اذا ماتم العقد موافقاً لأرادة الشرع فتكون الزوجة فراشاً لزوجها والولد لصاحب العقد الصحيح [٣] وقد اجمع فقهاء المذاهب الإسلامية (الامامي والحنفي)على أن إثبات النسب بالفراش أقوى الطرق بالإثبات متى توافرت الشروط وأنتفت الموانع[٤] ، وعليه سنقسم المبحث لثلاثة مطالِبْ نتناول في المطلب الاول الفراش من حيث التعريف والادلة لثبوت النسب فيه ، والمطلب الثاني لصور الفراش ،أما المطلب الثالث لموقف التشريعات من ثبوت النسب بالفراش.

المطلب الاول

تعريف الفراش وادلة ثبوت النسب فيه

أن أول أسباب ثبوت النسب هي العلاقة الزوجية الصحيحة القائمة بين الزوج والزوجة وهذا أمر طبيعي إذ الغالب أن كل ولد ينسب إلى أب وأم يربط بينهما رباط الزوجية المقدس ، وعليه قسمنا المطلب إلى فرعين ،الاول تناولنا فيه تعريف الفراش من الناحية اللغوية والفقهية والفرع الثاني كان محل الدراسة والبحث فيه الى ادلة ثبوت النسب بالفراش وحسب الآتي.

١- أنظر: محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي الغروي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج٩ ، مطبعة رنكين ، طهران ، ١٣٧٦ هـ ، ص١٨٣ . وكذلك أنظر: محمد السرخسي، المبسوط ، ، دار المعرفة ، بيروت،١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م ،ص١٥٤.

٢- أنظر: د. محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الاردني ، ط١، دار الفكر، عمان ، ٢٠١٠ ، ص٣٩.

٣- أنظر: د. عبد الكريم زيدان ، المفصل في احكام المرأة والبيت والمسلم ،ط١، ج٦ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م ، ص ٣١٩.

٤- أنظر: ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، تهذيب الإحكام ، بلا طبعة ، ج٧، باب النكاح ، دار الكتب الإسلامية ، ، طهران ١٣٦٥هـ ، ص٣٣٤ .وكذلك أنظر: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٣، ط١،مطبعة بولاق ، مصر، ١٣١٦هـ ، ص٤٣.

الفـرع الاول

تعريـف الفـــراش

نجد من المناسب التطرق في البدء إلى تعريف الفراش لغة واصطلاحا وحسب الآتي :

اولا – التعريف اللغوي للفراش

تعد زوجة الرجل فراشة ، وهو مالك الفراش فالمرأة تسمى فراشاً لأن الرجل يفترشها [١]. والفراش من متاع البيت ، والفرش الزرع اذا فرش والفراش الفضاء الواسع ، والفرش صغار الإبل كما ورد في قولة تعالى " وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشًا ۚ "[٢] ، وقد يقصد بالفراش ما يبسط للجلوس أو النوم عليه وهو يطلق على المرأة التي يستمتع بها زوجها إذ جاء في قولة تعالى " وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ إِنَّا أَنشَأْنَاهُنَّ إِنشَاءً فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا عُرُبًا أَتْرَابًا لِّأَصْحَابِ الْيَمِينِ"[٣]، والفراش موقع اللسان في قعر الفم ، وعش الطائر [٤]، ويقال الارض فراش الانام كما في قولة تعالى " الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فِرَاشًا "[٥] ، أي فراشاً يمكنكم أن تفترشوها وتتصرفوا فيها ، وهذا لايمكن الا أن تكون مبسوطة دائمة السكون[٦] ، وخلاصة القول أن المقصود بالفراش هو اسم يطلق على كلا الزوجين، فكل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للآخر ، كما سُمي كل واحد منهما لباسا للآخر [٧].

ثانيا – التعريف الفقهي للفراش

الفراش هو تعيين المرآه للولادة لشخص واحد ، أي أن تكون علاقة زوجية شرعية قائمة بين رجل وامرأه ينتج عنها حمل ثم ولادة فيكون المولود لهذا الرجل بالفراش[٨] ، وقال الكاساني في تعريف الفراش هـــو المرأة فهي تسمى فراش الرجل وازارة ولحافـــة [٩] ، وعرف كذلك هو أن تكــون

١- أنظر: العلامة ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، ج٦ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٥٦ ، ص٣٢٧ .

٢- أنظر: الاية (١٤٢) من سوره الإنعام .

٣- أنظر: الاية (٣٣) من سورة الواقعة.

٤- أنظر: السيد محمد مرتضي الحسيني الواسطي الزبيدي ، تاج العروس ، المجلد الرابع ، الفصل فاء من باب الشين ، دار ليبيا ، بنغازي ، بلا سنة ، ص ٣٣٢ .

٥- أنظر: الاية (٢٢) من سورة البقرة.

٦- أنظر: ابي علي الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان في تفسير القرآن ، ط١،ج١، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٥، ص٨٠.

٧- أنظر: احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، ط٢ ، ج٢، دار المعارف ، مصر ، بلا سنة ، ص٦٢٥.

٨- أنظر: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، مصدر سابق ، ص٤٣. وكذلك أنظر: ابو الحسن على بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٩٥.

٩- أنظر: علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج٢، ط٢، دار الكتب العلمية ،بيروت ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، ص٣٣١.

المرأة حلالاً للرجل بناء على عقد زواج صحيح [١] ، وفي تعريف آخر هو الزوجية الصحيحة القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها [٢] .

ومما ذكر يستنتج أنه تم حصر معنـــــى الفراش بالزوجية الصحيحة القائمة بين الرجل والمرأة ، بيد أن من الممكن أن تكون المرآه فراشاً من غير قيام الزوجية ، إذ نجد ذلك بالوطء بشبهه ، وعليه يمكن القول بأن الفراش هـو وطء الرجل للمرأة بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهه .

والأصل بـالفراش هـو النكاح الحقيقي الذي منه الولد فهو تعبير مهذب عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة [٣]، ولما كأن التيقن من جماع الزوجين متعذراً لكون العلاقة مبنيه على الستر اكتفي بمظنته وهو قيام الزوجية الممكنة وعلى هذا الإساس لا يلحق بالزوج الا من كأن من جماعة أي من صلبه استنادا لقوله تعالى " وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ "[٤].

الفرع الثاني

أدلة ثبوت النسب بالفراش

هناك العديد من الأدلة التي سيقت على ثبوت النسب بالفراش نجدها في القرآن الكريم والسنة الشريفة والإجماع والعقل .

اولا – القرآن الكريم

يعد القرآن الكريم الدستور الذي نحتكم اليه ، والأدلة في ثبوت النسب بالفراش كثيره نذكر منها قولة تعالى" واللهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أنفُسِكُمْ أزوّاجاً وجَعَلَ لَكُم مِن أَزوّاجِكُم بَنيّنَ وحفدةً ورَزَقَكُم مِنَ الطَيّبات أَفبالباطِلِ يُؤمِنون وبِنَعمَةِ اللهِ هُم يَكفُرُون"[٥] ، إذ يذكر الله تعالى نعمته على عبيده بأن جعل من أنفسهم ازواجا من جنسهم وشكلهم ولو جعل الأزواج من نوع اخر لما حصل ائتلاف ومودة ورحمة ولكن من رحمته خلق من بني آدم ذكوراً وأناثاً وجعل الإناث أزواجا للذكور ، ثم ذكر تعالى أنه جعل من الازواج البنين والحفدة وهم اولاد البنين [٦].

١- أنظر: عبد الرحمن تاج ، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي، مصر ١٩٥٥ م ،ص ٢٨٨

٢- أنظر: د . مصطفى ابراهيم الزلمي ، احكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن ، ط٢، مطبعة ئاراس ، اربيل ، ٢٠١٠ ، ص٧٨.

٣- أنظر: د.بدران ابو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر،١٩٧٨ ، ص٣٤.

٤- أنظر: الاية (٢٣) من سورة النساء.

٥- أنظر: الاية (٧٢) من سورة النحل .

٦- أنظر : ابو الوفداء اسماعيل بن عمر ، تفسير ابن كثير، ط١، ج٣، دار الفكر، بيروت ، ١٤٠١هـ ، ص٥٨٨.

ثانيا - السنة الشريفة

أن قاعدة الفراش هي كسائر القواعد المقررة في حالة الشك ، فكما أن قاعدة الطهارة تتضمن الحكم بالطهارة على كل شيء يشك بطهارته كذلك قاعدة الفراش تحكم بألحاق الولد بالزوج حالة الشك بانتسابه اليه ، أما عن بيان مدرك القاعدة فهو الحديث المشهور المعروف بين الفرق والطوائف الإسلامية جميعها ولم ينكره أحد من المسلمين هو حديث رسولنا الكريم محمد (ص) " الولد لِلفِراشِ ولِلعاهِر الحَجرْ "[١].

ثالثا – الإجماع

أجمع العلماء المسلمين من زمن النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلَّم إلى يومنا هذا على ثبوت النسب بالفراش ولم يعلم مخالف لهذا الإمر عبر العصور[٢]، اما الامامية فقد جعلوه أيضا أحد الأدلة على الحكم الشرعي، ولكن من ناحية شكلية وإسمية فقط، مجاراة للنهج الدراسي في أصول الفقه عند السنيين أي انهم لا يعتبرونه دليلا مستقلا في مقابل الكتاب والسنة، بل إنما يعتبرونه إذا كان كاشفا عن السنة، أي عن قول المعصوم، فالحجية والعصمة ليستا للإجماع، بل الحجة في الحقيقة هو قول المعصوم الذي يكشف عنه الإجماع عندما تكون له أهلية هذا الكشف[٣].

رابعا – العقل

العقل هو الإدراكات القطعية العقلية التي لا يتردد بها ولا يشك بصحتها ، فبحكم العقل الذي له صلاحية الحكم والقضاء يستكشف حكم الشرع للملازمة بين حكم الشرع والعقل واستحالة التفكيك بينهما [٤] ، وبمنطق العقل الزواج هو السبب الذي يحلل للرجل مخالطته المرأة ويقصرها عليه وحدة فهو الذي تعتبر به المرأة فراشا ، فأن جاءت بولد فهو منه ، وأما احتمال أنه من غيره فهو أمر مرفوض لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس ، وعليه يثبت نسب الولد من الزوج بقيام الفراش من غير الحاجة إلى إقرار من الزوج أو بينه تقيمها الزوجة [٥].

١- أنظر: محمد بن يعقوب الكليني ، الكافي ،ط٣، ج٥، باب الرجل يكون له جارية ، مطبعة حيدري ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، ١٣٦٧هـ ، ص٣٦٤.

٢- أنظر: د. محمد سماره ، احكام واثار الزوجية ، ط٣ ، دار الثقافة ، عمان ،٢٠١٠، ص١٨٧.

٣- أنظر: محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج٣، ط٢، مطبعة النعمان ، النجف ، ١٨٣٦هـ ، ص١٥٢. وأنظر: د. رشدي محمد عليان ، دليل العقل ، ط١،مركز الحضارة ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص١٣٨

٤- أنظر : عائشة ابراهيم احمد ، اثبات النسب في ضوء علم الوراثة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ، قسم الفقة المقارن ، غزة ،٢٠١٢،ص٦.

٥-انظر : محمد رضا المظفر ، اصول الفقه ، ج٢،مؤسسة الاعلمين ، بيروت ، ١٩٩٠ ، ص٨٥

المطلب الثاني

صـــور الفـــراش

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة هو أما أن يكون من زواج صحيح أو زواج فاسد أو وطء بشبهه ، فأنه ينسب إلى زوجها ، لقول الرسول (ص) "الوَلَد لِلفِراشْ ولِلعاهِر الحَجرْ"[١]. وصور الفراش هي :

الفرع الاول

اثبات النسب من نكاح صحيح

يعد الزواج المبني على العقد الصحيح بين الزوجين من اسباب ثبوت النسب متى ما توافرت اركانه وشروطه إذ يترتب عليه الإثر المقصود منه شرعا ، فما تلده المرأة من ولد على فراش الزوجية ينسب إلى ابيه الزوج دون الحاجه إلى الاعتراف به ، لأن ولادته على فراش الزوجية قرينه كافية لكونه من الزوج وأنه خلق من ماءه [٢].الا أنه هناك شروط لابد من توافرها لأثبات النسب وهي :

اولا – الزواج: عمـــل مرغوب واوصى بـــه في آيات كثيره " ومِنْ آياتِهِ أن خَلقَ لَكُم مِنْ أنفُسِكُم أَزواجاً لِتسكُنوا إليها وجَعَـلَ بَينَكُم مودةً ورحمةً إن في ذلكَ لآياتٍ لِقومٍ يَتَفكرونَ " [٣] ،وحث الرسول (ص) على اهمية الزواج في احاديث كثيره "شرار موتاكم العزاب" [٤] ، وأكد ائمة أهل البيت على ما جاء بالقرآن الكريم في الحث على الزواج يقول أمير المؤمنين علي (ع) " تزوجوا فأن التزويج سنة رسول الله فأنه كان يقول من كان يحب أن يتبع سنتي فأن سنتي التزويج" [٥].وبالرجوع للقانون العراقي أن المشرع قد عرف الزواج بأنه "عقد بين رجل و إمرأه تَحلُ لهُ شرعاً غايتُهُ أنشاءَ رابطه للحياةِ المشتركةِ والنَسلْ" [٦].في حين لم نجد المشرع المصري قد تطرق إلى تعريف الزواج في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، الا أن الفقه القانوني قد عرف عقد الزواج هو " ارتباط شرعي بين رجل وامرأه يعطي كل منهما حق الاستمتاع بالآخر بقصد تكوين أسرة"[٧].

١- أنظر: ابي عبد الله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري ، صحيح البخاري ، ج٧، دار ابن كثير ، دمشق ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٩ ، ص ١٠٠٧. وأنظر: علي بن بابويه القمي ، فقه الرضا ، مؤسسة ال البيت ، بلا مكأن وسنة ، ص٢٦٢.

٢- أنظر: د. محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط٣، دار الفكر، عمان ، ٢٠١٠ ، ص٣٩.

٣- أنظر: الاية (٢١) من سورة الروم.

٤- أنظر: العلامة محمد باقر المجلسي، بحار الانوار، ج١٠٠،مؤسسة الوفاء ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٢٢٠.

٥- أنظر : عبد الهادي محمد تقي الحكيم، الفتاوى الميسره ،ط١، دار المؤرخ العربي ،بيروت ،بلا سنة، ص٢٥٢.

٦- أنظر: نص الفقره الاولى من المادة الثالثة ، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٧- أنظر: د. بدران ابو العينين ، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون ، ط١ ، مؤسسة الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص١٠.

ثانيا - أن تكون الزوجة فراشاً للزوج . ولـكن السؤال الذي يُعرض هو متـى تكون الزوجـة فراشـاً ؟ للإجابة على هذا السؤال اختلف الفقهاء فيما بينهم على ثلاثة اتجاهات .

الاتجاه الاول - يرى أصحاب المذهب الحنفي ، أن فراش الزوجية الذي يتم بسببه النسب يثبت بعقد الزواج اي بمجرد العقد ، فأذا اعقد رجل نكاحه على امرأه ثم ولدت بعد ذلك فأن نسب هذا المولـود يثبت من الرجل وأن كان قد طلقها عقب عقد نكاحـه عليهـا مباشرة ، لأن معنـى الفراش ينحصـر فـي عقد النكاح وقد حصل العقد [١].

الاتجاه الثاني – وهو ماذهبت إليه الأمامية ،أن مايثبت به فراش الزوجية الذي يتم بسببه النسب هو العقد مع امكانية الوطء [٢]، اي أن وفق هذا الاتجاه لابد من توافر شرطين هما العقد وإمكانية الوطء.

الاتجاه الثالث – أن مايثبت به فراش الزوجية الذي يترتب عليه النسب هو العقد مـع الـوطء المحقق لامجرد امكانية الوطء [٣].

أن مجرد العقد لا يثبت فـراش الزوجيـة مـع ثبـوت عـدم التلاقـي ، وأن اشـتراط الدخـــول الحقيقـي اشتراط مبالغ فيه ، وعلـــى هذا الإساس فلا يلحق الولد بـالزوج لمجرد أنـه زوج وكفـى بـل لابد أن يتحقـق الـوطء أو امكانيتـه . وبعـــد بيـان شـروط اثبـات النسـب بـالزواج وهـي أنعقـاد عقد الـزواج وامكانية التـــلاقي بين الزوجين ، لابـــد لنا من التطرق إلى طبيعة هـــذا التلاقي وهل كـــل وقـاع أو جماع بين الزوجين يستدعي الحـــاق الولد بالزوج أم لابد من جماع معين يثبت به النسب ؟

هناك مـــن يرى [٤] ببيان وصف الجماع بالقول إلى وجوب أن يتم الجمـاع أي أن يدخلـه وينـزل فـي داخل الفـرج فهنا ليس مِـــن شـــك أن الولد يلحـق بـه ويثبت نسبـه .أو أن لا يحصـل الدخول ولكن يريق مـــاءه على الفرج فيلحق بـــه الولد كما لو اراق داخـل الفـرج ، لأن من الجائز أن يسبق المـاء إلى الداخل من دون أن يشعـر الزوجان بذلك مستندين في ذلك إلى الحديث الشريف الولد للفراش فأنه

١- أنظر: محمود بن احمد العيني ، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، ج٢٣ ، دار الفكر العربي ، بيروت ، بلا سنه ، ص٢٥١ . وكذلك أنظر: د.احمد ابراهيم بك ، و د. واصل علاء الدين احمد ابراهيم ، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ، المكتبة الإزهرية للتراث ، مصر، ٢٠٠٣ ، ص٥٤٠.

٢- أنظر: الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، ابواب وسائل الشيعة،ط٥،ج٤،دار احياء التراث العربي ، لبنان ،١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، ص٣٨٤.

٣- أنظر: شمس الدين ابو عبد الله محمد بن بكر الدمشقي ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ط٣ ، ج٦، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٣،ص٣٧٢.

٤- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) ، ط٢،ج٥،مطبعة محمد، ايران، ١٤٢٥هـ ، ص٣٢٤.

يدل على كل ولد للفراش حتى يثبت العكس [١] ، فقد روي أن رجلاً جاء إلى الإمام الصادق (ع) فقال له أن امرأتي حامل وهي جارية حدثة وهي عذراء وحامل في تسعة أشهر وأنا شيخ كبير ما اقترعتها وأنها لعلى حالها ؟ فقال له الإمام عليه السلام نشدتك بالله هل كنت تريق على فرجها ؟ قال الشيخ نعم قال الإمام قد الحقت بك ولدها[٢]. أو أن يدخله ولكنه لم ينزل وفي هذه الحال يلحق الولد به أيضاً لأن معنى الفراش هو الإفتراش والمفروض أن الزوج قد افترش زوجته [٣].من هذا يتضح أن مجرد عقد الزواج لا يوجب الحاق الولد بالزوج مالم يكن معه واحد من اثنين أما الدخول وأما الإنزال على الفرج وأن لم يدخل فمتى ما تحقق واحد منها فلا ينتفي الولد عن الزوج الا باللعان .

ثالثا - أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل.

أي أن يَكونَ الزوج بالغاً ويتحدد البلوغ أما بالعلامات [٤] ، أو السن وتحديد سن البلوغ اختلف فيه فقهاء المذاهب فنجد أن فقهاء الإمامية حددوا سن البلوغ للذكر بخمسة عشر سنة [٥] ، أما فقهاء الحنفية فسن البلوغ ثمانية عشر سنة [٦] ، فأذا كان صغيراً أو مصاباً بالعنه أو الخصا أو الجب ، أو أي مرض آخر يمنعه من الاتصال بزوجته فأن النسب لا يثبت منه [٧].

رابعا – أن يولد الطفل في مدة الولادة المقررة لابد هنا من بيان أقل مده للحمل وأكثرها لمعرفة الكثير من الإحكام المتعلقة بالنسب وحسب الآتي :

١- أقل مدة الحمل – أتفق الفقهاء على أن أقل مدة للحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بها هي ستة أشهر [٨] ، واستدلوا على ذلك من الآيتين الكريمتين إذ قال سبحانه وتعالى في محكم كتابة المجيد

١- أنظر: ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، ج٣، المكتبة المرتضوية لاحياء الإثار الجعفرية ، طهران ، ١٣٨٧هـ ، ص٣٧٨ .

٢- أنظر: محمد جواد مغنية ، مصدر نفسه ، ص ٣٢٤.

٣- أنظر: وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية، ج٩،مطبعة سماء قلم، قم، ١٣٨٤هـ، ص٢٢٣.

٤- يقصد بالعلامات هي الإحتلام وظهور الشعر الخشن على العانه وهذا ماذهب اليه الإمامية أما الحنفية فلا يدل عندهم هذا الدليل على البلوغ فهم يعتبرنه كسائر شعر البدن أنظر: محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، ط٢، ج١٥، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث، ، قم ، ١٤١٤هـ ، ص١٩١.

٥- أنظر: الشيخ محمد محمد طاهر ال شبر الخاقاني ، الزواج والطلاق في رسالات السماء ،ط١، ج٨ ، مطبعة الباقري ، دار نشر الباقيات ، قم ، ١٤٢٦هـ ، ص٢٩٨.

٦- أنظر: علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ط١، ج٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص ٢١٨.

٧- أنظر: الفقيه وجداني فخر ، مصدر نفسه ،ص ١٧٥ .

٨- أنظر: الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ،جواهر الكلام في شرائع الإسلام ، ط٧،ج ٢٢، دار احياء التراث العربي ، بلا سنه، ص١٧٧.، أنظر: الفقيه وجداني فخر ، مصدر نفسه ،ص ٣١٣. أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع)، مصدر سابق ، ١٠٢. وأنظر: علاء الدين ابي بكر الكاساني ، مصدر سابق ، ص٢٣٣. أنظر: السيد سابق ، فقه اهل السنه ، المجلد الثالث ، ط٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ، ص٢١٢.

"وَوَصَّيْنَا الإنسَأن بِوَالِدَيْهِ إِحْسَأنا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا" [١] ، وقولة تعالى " وَوَصَّيْنَا الإنسَأن بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ "[٢].

فالاية الإولى قدرت الحمل والفصال بثلاثين شهراً أما الاية الثانية فقدرت الفصال بعامين واذا ما طرحنا مدة الفصال [٣] في الاية الثانية من مدة الحمل والفصال في الاية الاولى ستبقى مدة الحمل وهي ستة اشهر. وقد أكد علم الطب الحديث على أن أقل مدة الحمل التي يمكن أن يعيش فيها المولود قبل ولادته هي ستة أشهر [٤] ، فأذا ما أوضعت أمرآه ولد لها بعد مضي أقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج ، فللزوج أن ينفيه باللعان وكما قلنا أن النسب لايثبت بمجرد العقد حسب ماذهب اليه فقهاء الإمامية [٥] ، فلا بد من الدخول الشرعي لتمكن من حساب مدة الحمل ، خلافا لماذهب إليه فقهاء الحنفية بأن حساب المدة يبدأ من تاريخ العقد [٦] . وقد أشار المشرّع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إلى أقل مدة للحمل هو أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل [٧] ، وبهذا المعنى فأن المشرّع اخذ برأي الفقه الحنفي.

٢- أقصى مدة الحمل – لم يرد في الشريعة الإسلامية الغراء ما يحدد اقصى مدة للحمل ، الإمر الذي جعل أراء الفقهاء تتضارب وتختلف فنجد أن فقهاء الحنفية قد حددوا أقصى مدة للحمل هي سنتان مستندين إلى حديث عن السيدة عائشة إذ قالت " لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل" [٨]، في حين ذهب فقهاء الإمامية إلى أن أقصى مدة للحمل هي سنة [٩] ، في حين ذهب كل من الشافعية [١٠] والمالكية [١١] والحنابلة [١٢] إلى القول بأن أقصى مدة للحمل هي أربع

١- أنظر: الاية (١٥) من سورة الأحقاف.

٢- أنظر: الاية (١٤) من سورة لقمأن .

٣- الفصال يعني الفطم وترك الإرضاع ، أنظر: محمد حسين الطباطبائي ، تفسير الميزان ، ط١ ، ج١٦ ، مؤسسة الإعلمي للمطبوعات، بيروت ، ١٩٩٧،ص ٢٢١

٤- انظر د. احمد محمد كنعان ، الموسوعة الفقهية الطبية ، ط١، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٧٥. وانظر ايضاً د. محمد علي الباز ،خلق الإنسان بين الطب والقرآن ، ط١ ، دار الكتاب العربي، الإسكندرية، ١٩٩١ ، ص٤٥١.

٥- أنظر: ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (المحقق الحلي) ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحلام ،ط١، ج٥ ، مطبعة الفقاهة ، بيروت ، ١٩٦٩م ، ص١٨٩.

٦- أنظر: د. احمد ابراهيم بك ، مصدر سابق . ص٥٤٠.

٧- أنظر: نص الفقره الإولى من المادة (٥١) من قانون الإحوال الشخصية العراقي النافذ.

٨- أنظر: ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤١٢هـ ، ص٤٤٣.

٩- أنظر: محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي ، الكافي ، ج٧،، مصدر سابق، ص٣١٤ . أنظر: محمد محمد صادق الصدر ، فقه المجتمع ، ط١، مكتبة الشهيد الصدر ، النجف الإشرف ، ١٤٢٧هـ ، ص٥٥٣.

١٠- أنظر: محي الدين النوري ،روضة الطالبين، ط٣،ج٣، دار الكتب العلمية ،بيروت،١٤١٢هـ- ١٩٩١،ص ٣٧٦.

١١- أنظر: مالك بن أنس، الموطأ ، ط٢، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٨٣، ص٥٠١.

١٢- أنظر: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ،كشاف القناع، ط١،دار الكتب العربية ،بيروت، ١٤١٨هـ ، ص ١٧٨.

سنوات ، وقـــد اثبتت التجارب الطبية أن المدة الطبيعية للحمل منذ يوم الإخصاب إلى حين الولادة هي ٢٨٠ يوم وبما أن الحمل يحدث عادة في اليوم الرابع عشر من بدء الحيض فأن مدة الحمل الحقيقية هي ٢٨٠ -١٤ = ٢٦٦ يوم، كما أن الحمل قد يصل إلى عشرة أشهر ولا يزيد على ذلك لأن المشيمة التي تغذي الجنين تصـــاب بالشيخوخة فتقل كمية الأوكسجين والغذاء وهذا يؤدي إلى موت الجنين [١]،كذلك اذا قلنا بأن مدة الحمل هي سنتان على رأي الحنفية فهذا يعني أن مدة الرضاع هي ستة أشهر وهي المدة المتبقية من مدة الحمل والرضاع ثلاثين شهرا ، وواقع الحال يدل على أن هذه المدة المتبقية غير كافية ومخالفة للعقل والمنطق ويؤكد ذلك قوله تعالى " والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين" [٢] ، فكلما اقتربت مدة الرضاع من السنتين كأن ذلك أنفع واصح للطفل، كما ذهبت بعض الديانات الأخرى كالمسيحية إلى أن اقصى مـدة للحمل لا يمكن أن تتجاوز السنـــة الواحدة [٣]. مما ذكر نجد أن ما ذهب اليه فقهاء الأمامية هو الرأي الأصوب . فأذا ما حصلت الولادة بعد اكثر من سنـه على الدخول الحقيقي فمن حق الأب نفي النسب باللعان على رأي الإمـــامية وبعـــد اكثر من سنتين على رأي الحنفية. أما عـــن موقف المشرع العراقي فلـــم نجدة قـــد حدد اقصى مـــدة للحمـــل بنص المـــادة (٥١) مِنْ قـــانون الإحـــوال الشخصية ، فالعمل وفقا لرأي الحنفية من الممكن أن يولد لدى بعض النساء ضعيفات النفوس إلى ارتكاب الفاحشة ونسبة الأولاد إلى غير ابائهم ، لذا لابد أن لا تتجاوز المدة السنة ، كذلك أن الملاحظ لنص المادة يجد انها قد جاءت بما لايتلائم مع روح العصر والمعطيات الطبية المتطورة ، فنجد أن المشرع قد حدد أقل مدة للحمل الا أنه لم يحدد اقصاها وبالتالي يجب على القاضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ويحكم بمقتضى مبـادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة [٤] .

١- أنظر: د. يحيى الخطيب ، احكام المرأة الحامل ، ط١ ، دار النفائس ، الإردن ، ١٩٩٧،ص١٠٦.

٢- أنظر: الاية (٢٣٣) من سورة البقرة.

٣- المادة(٨٧) من مشروع قواعد الإحوال الشخصية للاقباط الإرثودوكس رقم ٨ لسنة ١٩٣٩ إذ نصت على أن (أقل مدة للحمل ستة أشهر واكثرها عشرة أشهر بحساب الشهر ثلاثين يوما).

٤- أنظر: الفقره الثانية من المادة الاولى من قانون الإحوال الشخصية النافذ (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقة فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الإكثر ملائمة لنصوص هذا القانون).

الفرع الثاني

الـــزواج الفـــــاسد

يقصد بالزواج الفاسد هو الذي تختل به احد شروط الزواج ،الا إن تسمية الزواج الفاسد هي تسمية غير متفق عليها من قبل المذاهب الإسلامية [١] ، ويأخذ هذا النوع من الزواج حكم الزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب لأن النسب يحتاط في اثباته حفاظا على المولود من الضياع ، ويثبت النسب بالزواج الفاسد بالدخول لا بالزواج اذا كان الزواج مثلا قبل أنتهاء عدة المدخول بها من فرقة سابقة من زواج سابق ، وعليه لابد أولا بيان تعريف الزواج الفاسد ومن ثم التطرق إلى شروط الواجب توافرها لغرض ثبوت النسب بهذا النوع من الزواج ثانيا ومن ثم نعرج على الآثار المترتبة عليه ثالثا.

اولاً- تعريف الزواج الفاسد

الفساد في معاجم اللغة هو فسَدَ ضد صَلُح والفسادُ لغةً البُطلان، فيقال فسد الشيء أي بطُلَ واضمحل ، ويأتي التعبير على معان عدة بحسب موقعه [٢] ، أما اصطلاحا هو النكاح الذي فقد شرطاً أو أكثر من شروط الصحة لعقد النكاح الصحيح [٣]، وقـد عرف أن للزواج الفاسد صوراً عديدة غيرمتفق عليها بين جميع المذاهب الإسلامية وهي النكاح بغير شهود في حين لايعتبر كذلك عند الإمامية [٤] ،ونكاح المرأة بعدتها ونكاح الأخت في عدة الأخت في الطلاق البائن ونكاح الإمة [٥]. أما عن نكاح المتعة فقد ذهب الحنفية إلى اعتباره من الانكحه الفاسدة ، أما الإمامية فلا خلاف بشرعيته واستمراره إلى الوقت الحاضر واساس شرعيته قوله " فما استَمتَعتُمْ بِهِ فآتوهن أُجُورَهُنَ" [٦] ، فالمراد بـ (استمتعتم.....) هـو نكاح المتعة ، وقد روي أن قدم جابر بن عبد الله معتمرا اي رجع بعد إتيان العمرة ، فسأله القوم عن أشياء ثم ذكروا المتعة فقـال نعم استمتعنا على عهد الرسول (ص) وأبي بكر وعمر وصرح على بقـاء شرعيتها بعد وفاة النبي من غير نسخ [٧]. وإن تحريم هـذا النوع من الانكحه مردود عليه ، لأنه أن كـان بطريق الإجتهـاد فهـو باطلٌ بمقابلـه النصْ ، وإن كان عـن طريقِ الروايـه

١- فقهاء الإمامية لايوجد عندهم هذا النوع من التسمية بل أن الزواج يقسم أما صحيح اوباطل ، أنظر: السيد محمد العاملي ،نهاية المرام، ط١،ج١،مؤسسة النشر الإسلامي،قم، ١٤١٣هـ ، ص٣١.

٢- أنظر:محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس ،ج٢، مكتبة الحياة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص٤٥٢.

٣- أنظر: ابن نجيم الحنفي ، مصدر سابق ،ص٣٣٧.

٤- أنظر: محمد بن يعقوب الكليني ، باب التزويج بلا بينة ، حديث ٣، مصدر سابق ،ص٣٨٧.

٥- أنظر: محمد الإمين الشهير بأبن عابدين ،حاشية رد المختار، ج٣، دار الفكر العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ ،ص ١٣١.

٦- أنظر: الاية (٢٤) من سورة النساء.

٧- أنظر: ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، ، كتاب النكاح ، باب نكاح المتعة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م ، حديث ٣٤١٥ ،ص ٥٥٩.

فكيف خفى ذلك عن الصحابة، وقد روي شعبة عن الحكم بن عتبه وهو من أكابر العامة سأل عن الاية الكريمة "فما استمتعتم به منهن.." امنسوخة هي؟ قال (لا)، ثُمَ قْالَ الحكم : قال علي عليه السلام لولا أن عمر نهى عن المتعة مازنى الإشقي [١] .وقد روي أن رجلا من اهل الشام سأل ابن عمر عن متعة النساء فقال هي حَلالٌ، فقالَ أن أباك كأن نهى عنها فقال ابن عمر أرئيت أن كأن أبيْ نهى عنها وقد سنها رسول الله (ص) اتترك السنة وتتبع قول ابي ؟! [٢].

وهناك صورٌ للزواج الفاسد في غاية الأهمية، وهي غيبة الزوج عن زوجته مدة زمنية معينة في اوقات الحروب والأزمات والتي يغلب عليها هلاكه ويأتي خبر طلاقها منه أو وفاته أو قد تكون الزوجة زيفت المعلومات وادعت ذلك للتخلص منه ثم يتبين خلاف ذلك ، فالمشكلة تثار اذا ما تزوجت بزوج آخر ورزقت منه بولد وكثير ما حدثت مثل هذه الإشكالات خلال الحرب العراقية الإيرانية (١٩٨٠-١٩٨٨)[٣]، فالنكاح الفاسد اذا لم يتم فيه الدخول لايترتب عليه اي اثر ويجب التفريق بين الزوجين فورا أما اذا تبعة دخول وجب التفريق ايضا ويترتب عليه بعض الإثار فهو يختلف عن العقد الباطل الذي لايرتب أي أثر بل يعد الدخول فيه زنا محضاً[٤].

ثانيا- شروط ثبوت النسب بالنكاح الفاسد

يشترط لثبوت النسب في هذا النوع من النكاح الشروط التالية :

١- تصور الحمل من الزوج الذي يدعي النسب.

٢- تحقق الدخول فلا حكم للنكاح الفاسد قبل الدخول الحقيقي .

٣- أن تلد المرأة المدخول بها من النكاح الفاسد إذ تكون المدة بين الدخول والولادة ستة أشهر في حدها الأدنى ، فعندها يثبت نسب الولد من الزوج بالفراش ، لأن الحمل يكون حاصلاً بعد الدخول بناء على أقل مدةٍ للحمل هي ستة أشهر فأذا كانت المدة أقل من ستة أشهر فلا يثبت نسب الولد من الزوج لأن الحمل يكون سابق على الدخول لعدم مضي أقل مدة الحمل[٥].

١- أنظر: ابي جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل القرآن ، ج٥، دار هجر للنشر والطباعة ، القاهره ، ١٤٢٢هـ ، ص١٣٠.

٢- أنظر: محمد حسن النجفي ، ج١٢، مصدر سابق ، ١٦.

٣- أنظر: عطية سليمان خليفة ، ثبوت النسب بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة النهرين ،٢٠٠٤،ص١٥٠.

٤- أنظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي ، مجمع الإنهر في شرح ملتقى الإبحر ، ط١، ج٢ ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٩هـ ، ١٩٩٨م ، ص٧٦.

٥- أنظر: علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساي الحنفي ، مصدر سابق ، ص٣٢٥.

ثالثا – الآثار المترتبة على النكاح الفاسد

حكم النكاح الفاسد هو وجوب التفريق بين الزوجين فوراً لعدم مشروعيته فأذا لم يتبعه دخول لم يترتب عليه اي اثر من اثار الزواج الصحيح ، الا أنه اذا تبعه دخول ترتبت عليه الآثار الاتية [١] .

١- يحرم الدخول اذا لم يتم بعد واذا ماتم ذلك يحرم استمرار المعاشرة الزوجية

٢- يجب المتاركة والافتراق من تلقاء أنفسهم ، فأذا لم يفترقا فرق القاضي بينهم جبراً.

٣- لايقام حد الزنا لوجود الشبهه والحد يدرأ بالشبهه استنادا إلى الحديث النبوي" ادرؤوا الحدود بالشبهات مااستطعتم"[٢].

٤- ثبوت النسب وحرمة المصاهره كأثر للدخول لا العقد .

٥- وجوب العدة على المرأه في حال الموت اوالفرقة منعا لاختلاط الأنساب ، ولكن لاتوارث بين الرجل والمرأه ولاتستحق النفقه. يثبت مهر المثل في حالة اذا لم يسمَّ مهراً أو نفي اصلاً [٣] والأقل من المهر المسمى اذا سمي لها مهر[٤] كأثر للعقد ، لأن استحقاق الزوجه للمهر لايعد ثابتا بمجرد الاتفاق عليه .

الفرع الثالث

الـــــــوطىء بالشبهه

المراد بوطء الشبهه هو الإتصال الجنسي غير الزنا ولا ملحقا بالزنا وليس بناء على عقد صحيح أو فاسد ،وهذا النوع من الوطء له صور كثيره منها ،أن يعقد له على امرأه لم يراها سابقاً ثم تَزف اليه ويدخل بها على أنها زوجته ثم يتبين أنها امرأه اخرى، أو يدخل بالمعقود عليها ثم يتبين أنها اخته من الرضاعة أو أن يطء زوجته المطلقة ثلاثاً وهي في العدة معتقداً أنها تحل له، فمن دخل بأمرأه على هذا النحو ثم جاءت بولد فأن نسبه لايثبت من الرجل الإ اذا ادعاه لأن الوطء من شبهه لايثبت الفراش كاملاً ،وأنما يثبت شبهه الفراش وشبهه الفراش قاصره على اثبات الولد الإ أن الدعوة تقويها وحينئذ يثبت بها النسب بالإقرار لا بالفراش ، وهو ماذهب إليه المذهب الحنفي[٥].في حين يرى فقهاء الإمامية أن ثبوت النسب في هذه الحالة اذا اعترف الرجل بالوطء [٦].

١- أنظر: بدران ابو العينين ، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون، مصدر سابق ، ١٨٨.
٢- أنظر: ابي الحسن النيسابوري ، مصدر سابق ، كتاب المساقاة ، حديث ٤٠٩٧، صحيح مسلم ، ص٦٦٤
٣- أنظر: نص الفقره الاولى من المادة (١٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ.
٤- أنظر: المادة (٢٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ.
٥- أنظر: ابن نجيم الحنفي ، مصدر سابق ، ص ٣١١.
٦- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام الصادق (ع)، مصدر سابق ، ص١٨٤.

والشبهه هي مايشبه الثابت وليس بثابت والدخول بشبهه على ثلاثة أنواع أما أن تكون شبه ملك أو شبهه عقد أو شبهه فعل والتي سوف نتناولها تباعا :

اولا – شبهه الملك وتسمى ايضا شبهه الحكم وتتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولاتتوقف على ظن الجاني واعتقادة ، وذلك لأن الشبهه الناشئة من الدليل الشرعي اذا تحققت يدرأ بها الحد وثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأه ، فأذا لامس الإب جارية لابنة ظأنا أنه يباح له وقاعها اعتمادا على قول الرسول (ص) " أنت ومالك لابيك"[١] وجاءت منه بولد وادعاه ثبت نسبه منه ويسقط عنه الحد فهذا الحديث اوجب شبهه في نفس جارية الأبن بالنسبة للاب ولذا لايحد لقول الرسول (ص) " ادرؤا الحدود بالشبهات مااستطعتم"[٢]، أو أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقاً بائناً وهي في عدتها ظانا أن وقاعها يَكون مراجعة لهَ كما في المطلقه طلاقاً رجعياً اعتماداً على قول الرسول (ص) " الكنايات رواجَع"[٣].

ثانيا – شبهة العقد وهي التي نشأت بسبب وجود العقد صوره لاحقيقة أي أن يعقد الرجل على المرأه ويدخل بها دخولا حقيقيا وهو يعتقد أنها تحل له ، كما لو عقد الرجل على معتدة الغير أو على محرم عليه بالرضاع فأن كأن يعتقد الحل بأن كان لايعرف تحريمها عليه سقط عنه الحد وثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة من الوطء[٤].

ثالثا – شبهه الفعل ويطلق عليها ايضا شبهة الإشتباه وشبهة مشابهة وهو أن يطء الرجل المراة عن مظنة ثبتت في نفسه وهي اباحة وطئها[٥] ، كأن تكون زوجته على حسب ما يعتقد كمن يجد امراة نائمة في فراشه فيدخل بها على هذا الإساس ثم يتبين بعد ذلك أنها ليست زوجته كالذي يدخل على امراة زفت اليه وقيل له أنها زوجته وليست هي زوجته في الواقع و العلة وراء تسميتها بشبهه فعل أنها اقترنت بالفعل نفسه ولم تقم بالمحل فالمحل لا شبهه في تحريمه ولكن مظنه الحلال قامت في ذهن الفاعل فقط [٦].

١- أنظر: احمد بن شعيب النسائي ، سنن النسائي ،ط١،دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٣٠، ص٦١٥.

٢- أنظر: ابي الحسن النيسابوري ، مصدر سابق ، كتاب المساقاة ، باب اخذ الحلال وترك الشبهات ، حديث ٤٠٩٧، صحيح مسلم ، ص٦٦٤.

٣- أنظر: عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الإربع ، ج٤، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٨٨ ، ص١٢٣.

٤- أنظر: الكاساني ، مصدر سابق ، ص ٥٠٥.

٥- أنظر: العلامه الهمام والشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الإعلام ، الفتاوى الهندية المعروفه بالفتاوى العالمكيريه على مذهب الإمام الإعظم ابي حنيفة النعمان ، ج٤،ط١،دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٤٢١هـ - ٢٠٠٠، ص٢٨٥ .

٦- انظر : عطية سليمان خليفة ، مصدر سابق ، ص٦٧.

المطلب الثالث

موقف التشريعات النافذة

لابد من التطرق إلى موقف التشريعات من ثبوت النسب بالفراش ، إذ سنتطرق لموقف كل من التشريع العراقي والمصري والاماراتي وحسب الآتي :

اولاً- موقف التشريع العراقي النافذ :-

تجنب المشرع العراقي التطرق إلى اسباب النسب بصور واضحة ومحددة مكتفياً بما ورد من تقنين لشروط الزواج الصحيح التي من خلالها ينسب الولد إلى والديه إذ نص على" أن ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بشرطين هما ١- أن يَمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا "[١]. فمن خلال هذه المادة يثبت أن لغرض ثبوت النسب لابد من أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر بأتفاق علماء الفقه الإسلامي ، وايضا امكانية التلاقي بين الزوجين ، الا أنه ما يلاحظ على المشرع العراقي أنه قد اخفق في صياغة النص القانوني عندما أورد بالفقرة الثانية أن يكون التلاقي ممكنا ، لأن التلاقي وحدة لايكفي ولايفي بالغرض المرجوا ، وكان الإجدر النص على اشتراط الخلوه الصحيحة فثبوت النسب بالشبهه له علاقة وارتباط بثبوت النسب بالزواج الفاسد ، وهذا حسب مانعتقد هو السبب في عدم تنظيم أغلب التشريعات العربية المقارنة ومنها العراقي احكام الوطء بشبهه ، بأستثناء المشرع السوري[٢]. كذلك لم يتطرق المشرع العراقي إلى حالات النكاح الفاسد والوطء بشبهه وفي هذه الحالة على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية .

ثانياً - موقف التشريع المصري النافذ :-

فقد أشار المشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية إلى عدم سماع دعوى النسب من قبل القضاء عند الإنكار إذ نص على أنه " لا تُسمَع في حال الإنكار دعوى النَسب لولد زوجه لم يتم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد"[٣] ، فالاكتفاء بعد سماع الدعوى هو أنكار للعدالة وكان من الأجدر وضع حل للنزاع المعروض وليس تعليقة وعدم سماع دعوى اثبات نسب الولد أو نفية .

١- أنظر نص المادة (٥١) من قانون الإحوال الشخصية العراقي النافذ.

٢- أنظر: نص المادة (١٣٣) قانون الإحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ النافذ. الذي نص على أنه " ١- الموطؤه بشبهه اذا جاءت بولد مابين أقل مدة الحمل واكثرها يثبت نسبه من الواطء ٢- متى ثبت نسب الولد ولو بالنكاح الفاسد أو بشبهه ترتب عليه جميع اثار القرابة فيمتنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به درجة القرابه والإرث".

٣- أنظر: نص المادة (١٥) من قانون الإحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

ثالثاً- موقف التشريع الاماراتي النافذ :-

وبعد بيان موقف التشريعين تبين من الضروري البحث عن تشريع يعالج الموضوع بصورة واضحة ومحددة واتضح ماجاء به المشرع الإماراتي من مواد قانونية مناسبة لمعطيات العصر مراعيا التقدم التكنلوجي والطبي إذ نص على " أن الولد للفراش اذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل ولم يثبت عدم امكان التلاقي بين الزوجين ويثبت ولد المولود في الوطء بشبهه اذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء ويثبت نسب كل مولود إلى امه بمجرد الولادة واذا ثبت النسب شرعا فلا تسمع الدعوى بنفية" [1] ، فالملاحظ لهذه المادة القانونية يجدها مطابقة لما ورد في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالنسب ، وملائمة للحالات التي تظهر في المجتمعات في كل عصر ، فضلاً عن أن المشرع الإماراتي قد حدد أقل مدة للحمل بمائة وثمانون يوما ، واكثرها ثلاثمائة وخمسة وستون يوما (سنة ميلادية) [2]، فضلاً عن ذلك فقد نظم المشرع الإماراتي بمواد اخرى فيما يتعلق بأثبات النسب بالطرق الحديثة .

١- أنظر: نص المادة (٩٠) من القانون الإتحادي الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.
٢- أنظر: نص المادة (٩١) من القانون نفسه.

المبحث الثـــاني

دور الإقرار في اثبـــات النسب

كما يثبت النسب بالفراش يثبت كذلك بالإقرار والذي لا يعد كأي دليل اثبات بل هناك من يعده سيد الادلة [١] ، في حين اعتبره البعض الآخر وسيلة احتياطية لأثبات النسب وهي اضعف من الشهادة لأنها تقوم على شهادة واحد [٢].

وإن الخوض في دراسة الإقرار ليس بالأمر البسيط بل يعد من الأمور المعقدة والصعبة ، والدليل على ذلك أن التشريعات لم تعالج الإقرار بصوره واحدة بل بدرجات مختلفة ، فبعضهم خصص نصوصاً قانونية عديدة وبعضهم الآخر قصرها على نصوص قانونية محدودة .

فنجد أن المشرع الفرنسي فقد نص على الإقرار في ثلاث مواد قانونية فقط [٣] ، في حين أن المشرع المصري لم يخصص سوى مادتين[٤] ، أما مشرعنا العراقي قد عالج الإقرار في عدة نصوص قانونية وفي مواضع مختلفة [٥] .

والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب واذا كان الدليل كذلك فلا يصلح أن يكون حجة على الغير[٦] ، فالنفس البشرية قد تحمل الشخص على الإقرار بحقوق للغير كذباً أو تمنعة عن اقرار الصدق ، وهذا ماشار إليه الشارع المقدس في محكم كتابة " ونفس وما سواها فألهمها فجورها وتقواها" [٧]. اي خلقها سوية مستقيمة على الفطرة القويمة ، " فألهمها فجورها وتقواها " اي بين لها الخير والشر[٨] . ويثبت النسب بالإقرار بالأحوال التي يأتي فيها الولد نتيجة زواج صحيح أو فاسد أو وطئ شبهه والأب لم ينف الولد عنه لأن الزوج قد تحيط به ظروف قاهره كالحرب أو يهاجر وتطول غيبته أو نتيجة اسباب شرعية كالطلاق تجعلـــــه يقطع العلاقة الزوجية أو يترك زوجته حاملا فتنجب ولدا ولا

١- أنظر : د. محمد الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ،ج٢، ط٢، دار البيان ، دمشق ، ١٩٩٤ ، ص٢٤١.

٢- أنظر : د. سعد الدين مسعد هلالي ، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية (دراسة فقهية مقارنة) ط١ ، مطبعة رمدك ، الكويت ، ١٩٩٩، ص ٣٠٦ .

٣- أنظر : المواد (١٣٥٦،١٣٥٥،١٣٥٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٩٩٤ المعدل .

٤- أنظر : المواد (١٠٣-١٠٤) قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل .

٥- أنظر : المواد من (١٥٧٢ إلى ١٥٨٦) من مجلة الإحكام العدلية ، و المواد من (٥٩ الى ٧٠) قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ و (٥٢-٥٤) قانون الإحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ النافذ .

٦- أنظر : د. عبد المجيد محمود مطلوب ، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٨٤، ص٣٧٥.

٧- أنظر: الاية (٧،٨) من سورة الشمس .

٨- أنظر: ابو الوفداء اسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي ، مصدر سابق ، ص ٤٦٦.

يعلم بذلك شخص سواهما ، بالتالي يكـون من الصعب اثبات نسبة الإ إذا اعترف الزوج أو اقر ببنوته له ، كذلك في حالة اذا نفى الزوج ولده عن طريق اللعان خطأ أو اكراها أو كيدا لزوجتـه أو اضـرارا بولده ، فيصبح هذا الولد مجهول النسب الإ أذا أقر الأب بعد اللعـان ببنوتـه لـه ، كذلك الحـال بالنسبة للمرأة التي تحمل من الزنا وتلد سفاحا وتتركه على قارعـة الطريـق فهذا الولد يصـبح مجهول النسب من الأب والأم الا اذا جاءت تلك المرأة واقرت ببنوتها له [1].وعليه سنقسم المبحث الى ثلاثة مطالب ، المطلب الأول لمفهوم الإقرار، والمطلب الثـاني لاركـان الإقرار وأدلتـه ، أمـا المطلـب الثالـث لطبيعـة الاقرار وآثاره القانونية .

١- أنظر: د. محمد ابو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص٣٦٥ .

الـمطلب الاول

مفهـــــوم الإقـــــرار

لغرض الإحاطة بمفهوم الإقرار لابد من التطرق إلى تعريفة وبيان أنواعه لذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول بالأول التعريف بالإقرار ونتناول بالثاني أنواعه.

الفرع الاول

تعـــريف الإقـــــرار

للإقرار عدة معانٍ وتعاريف منها لغوياً ومنها اصطلاحياً ومنها قانونياً ومن اجل الوقوف على كل هذه التعاريف سوف نتناولها بالدراسة والتحليل وكالآتي:

اولا - التعريف اللغوي للإقرار

الإقرار اسم مصدره قَـــرّ والجمع اقرارات ، والقرار المستقر الثابت والفعـل من قَـــرّ ، قَـر بـــ ، قَـر على ، والمفعول مقرور ، قر رأيه على الإمر اي ازمع وعقد النية [١]، والإقرار الإذعان للحق والاعتراف فيه قال تعالى " قال أأقررتم واخذتم على ذلك اصري ، قالوا اقررنا" [٢].

واقتر ماء الفحل في الرحم اي استقر ، والإقرار بمعنى الثبات قال ابن السكيت " قرت الناقة اي ثبت حملها " فهو ثبات الشي أما باللسان أو القلب أو بهما . [٣]

واقـر الشيء اي ثبت في مكانه قال تعالى "وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ"[٤] أي الزمنها .

ومما يتقدم يتضح أن المفهوم اللغوي للإقرار هو اظهار الحق لفظا أو كتابة أو اشارة .

ثانياً : التعريف الإصلاحي للإقرار

للإقرار تعريف اصطلاحي جاء به علماء الفقه الإسلامي وآخر قانوني جاء به رجال القانون عند دراستهم للتشريعات والذي سوف نتطرق له وعلى النحو الآتي.

١- التعريـف الفقهـي للإقـرار : تباينت تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية للإقرار من حيث الصياغة اللفظية ، الا أنها اقتربت كثيراً من حيث المعنى وسنقتصر في بيان هذا التعريف على كل من المذهب الإمامي والمذهب الحنفي تباعاً.

١- أنظر: ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ،ج٥، مصدر سابق ، ص٧٩.
٢- أنظر: الاية (٨١) من سورة ال عمران.
٣- أنظر: ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ،ج٥، مصدر نفسة، ص٨٥ .
٤- أنظر: الاية (٣٣) من سوره الأحزاب .

أ- تعريف الإقرار عند الأمامية

عرف الإقرار بأنه إخبار الإنسان بحق لازم عليه [١] ، في حين ذهب بعضهم إلى تعريفة بأنه " الإخبار عَن حقٌ سابقً لا يقتضي تمليكاً بنفسة بل يكشف عن سبقه" [٢] .

وعرفه آخرون بأن الإقرار لغة وشرعا وعرفا واحد وهو الاعتراف بحق ثابت [٣]. وهناك من عرفه بأنه إخبار المكلف عن حق ثابت عليه لغيره ، أو إخبار عن نفي حق له على غيره ويقدم على الحجج جميعها حتى البينة ، والإخبار عن الحق مثل أن يعترف ببنوة الولد ، والإخبار عن العلقه مثل أن يقر بزوجيته لفلانه فيترتب عليه الإنفاق عليها ، والإخبار عن نفي الحق مثل أن يقر بنفي الولد ، أو نفي العلقه مثل أن يَقر بأن فلأنه ليست زوجه له فينتج عن ذلك نفي حقه عليها بالإستمتاع [٤]. والإقرار لديهم ليس من العقود والإيقاعات في شي لأنه لايمت إلى الإنشاء حيث بسبب ، ويطلق على الذي يقرّ بالمقر – بكسر القاف – وعلى الشي الذي يتعلق بالإقرار به بالمقر به – بفتح القاف – وعلى الذي يكون الإقرار لصالحة بالمقر له – بفتح القاف – [٥].

ب- تعريف الإقرار عند الحنفية

عرف الإقرار بعضهم بأنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه [٦]. أما بعضهم الآخر عرفه على انه إخبار عن ثبوت الحق [٧]. في حين ذهب آخرون إلى تعريفه بأنه إخبار بحق عليه للغير [٨].

١- أنظر: ابي الحسن الإصفهاني ، وسيلة النجاة ، المطبعة العلوية ، النجف الإشرف ، ١٣٨٧هـ ، ص٤٤١. وكذلك أنظر: محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي الغروي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج٩ ، مطبعة رنكين بطهران ، ١٣٧٦ هـ ، ص٢١١.

٢- أنظر: محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة ،ج٤،ط١، فجر الإسلام ،ايران ،٢٠٠٥، ص٤٧.

٣- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) ، ج٥ ،ط٤ ،مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر ، قم – ايران ، ٢٠٠٣،ص١١٤.

٤- أنظر: محمد حسين فضل الله ، فقه الشريعة ، ج٣ ، ط٢، دار الملاك ، بيروت، ٢٠٠١ ، ص٣٢٩.

٥- أنظر: الفقيه المحقق وجداني فخر ، مصدر سابق ، ص٣٦٧. والسيد حسن ترحيني العاملي ، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ، ج٧ ، ١٤٢٥هـ ، ص٤٧٥.

٦- أنظر: محمود بن احمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني ، البناية شرح الهداية ، ط١، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م ، ،ص٢٤٨. وكمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ط١، المطبعة الإميرية الكبرى ، بيروت ، ١٣١٧هـ ، ص٢٨٠ .

٧- أنظر: ابي الحسن علي بن ابي بكر الرشداني المرغيناني الهداية شرح بداية المبتدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع، ص ١٨٠.

٨- أنظر: محمد الإمين الشهير بأبن عابدين ، حاشية رد المختار ، مصدر سابق ،ص٥٨٨. وأنظر: عبد الله عيسى ابراهيم ، القاموس الجامع للمصطلحات الفقهية ،ط١ ، دار المحجة البيضاء ، بيروت ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م ، ص٣٤.

بيد أن ما يلاحظ على هذه التعاريف وأن كانت مختلفة في بعض الفاظها، إن الشيء الذي اعتمد عليه اصحابها أنهم جعلوا الإقرار عبارة عن إخبار المكلف بثبوت حق عليه للغير ، وأن كأن يبدو سديدا في ظاهرة ، الا أنه محل نظر ووجه له النقد ، فهذه التعريفات لا تشمل ما لو ابرأ المكلف ذمة غيره من حق ما عليه ، فأنه عندئذ لن يكون اعترافا بحق لغيره عليه ، بل اسقاط لحقه عن غيره ، وبما أن الإقرار هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فأن قولهم الإخبار يخرج عنه الإنشاء ، أما قولهم حق للغير على نفسه فأنه يخرج عنه ما يشمله الإخبار عموماً من ثبوت حق الغير على الغير كالشهادة أو ثبوت حقَ نفسه على غيرة كالدعوى[١].

وبعد بيان تعاريف كل من المذهبين للإقرار فلا بد من بيان التعريف الراجح ونعتقد أن التعريف الذي جاء به فقهاء الحنفية وبالرغم ما وجه اليه من نقد يعتبر هو الراجح ذلك لأنه عرف الإقرار بحقيقته ، في حين الإمامية عرفوا الإقرار بإلزامه اي مايلزم وجوب الحكم على المقر ، وأن التعريف بالحقيقة يقدم على التعريف بالإلزام.

واخيرا لابد من بيان تعريف الإقرار بالنسب الذي يعد اساس بحثنا إذ يعرف بأنه إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر، وهذه القرابة أما أن تكون مباشرة وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع وأما أن تكون غير مباشرة وهي قرابة الأقرباء الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر [٢].

٢- التعريف القانوني للإقرار

عرفت مجلة الإحكام العدلية الإقرار "إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر" [٣].أما المشرع المصري فقد عرفه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها في اثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة[٤]، وهو ماتم اعتماده وكان وارداً في القانون المدني [٥] ، والقضاء المصري في قراراته [٦] .في حين ذهب البعض إلى تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص لآخر بواقعه تكسب

١- أنظر: عثمان بن علي الزيلعي ،تبيأن الحقائق شرح كنز الدقائق،ج٥،ط١،مطبعة بولاق ، مصر،١٣١٤هـ ، ص٢.
٢- أنظر: د. محسن ناجي ، شرح قانون الإحوال الشخصية ، ط١، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٦٢، ص ٣٧٦.
وأنظر: د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص١٠٤.
٣- أنظر: نص المادة (١٥٧٢) من المجلة.
٤- أنظر: نص المادة (١٠٣) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
٥- أنظر: نص المادة (٤٠٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٦- أنظر: قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ١٦٥٤ في ١٩٨٩/١/٢٣ ، اشار اليه المستشار سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض في الإثبات ، دار المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص٤١٨.

حقا ،مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار[١]، في حين ذهب الآخر إلى القول بأنه " اعتراف لشخص بواقعه من شأنها أن تنتج ضده اثار قانونيه مع قصده أن تعد هذه الواقعة صحيحة في حقه" [٢] ، وآخرون يرون بأنه اعتراف شخص بحق عليه لآخر بقصد اعتبار هذا الحق ثابتا في ذمته واعفاء الآخر من اثباته [٣] .

وما يلاحظ من التعاريف السابقة التي ساقها الفقه المصري وجوب قصد المقر إلى عدّ المقر به ثابتا في ذمته واعفاء خصمه من الإثبات .

الإ بعض فقهاء القانون من لا يشترط قصد المقر وبالتالي تترتب النتائج ولو لم يقصد المقر بل حتى لو كان المقر يجهل ما يترتب من نتائج على اقراره ، إذ ذهب بعضهم إلى تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص بالحق الذي يدعيه ، مقدراً نتيجته ، قاصدا ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد [٤]. وبالرجوع إلى المشرع العراقي نجدة قد عرف الإقرار إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر [٥] ، ويلاحظ أن هذا التعريف سبق وإنْ اعتمد في القانون المدني [٦] .

أما الفقه القانوني فقد عرفه بأنه اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق بذمته ام لم يقصد[٧] . أما على صعيد القضاء العراقي فقد تبنى التعريف نفسة الذي اعتمده المشرع العراقي فنجد محكمة التمييز في قرار لها رددت ما ورد في النص التشريعي فقضت بأن استمهال الخصم لغرض المصالحة لا يعني اقراره بالحق اذ الإقرار إخبار الخصم أمام

١- أنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ،ط٢،دار النهضة العربية ، مصر،١٩٦٠ ،ص٦٨٣.

٢- أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة ، الإثبات في المواد المدنية ، ط٢،مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، ١٩٥٤،ص٣٧٨.

٣- أنظر: د.سليمان مرقس ، اصول الإثبات واجراءاته في المواد المدنية،ج١، دار الجامعات للنشر ، القاهرة ،١٩٥٧،ص١١٣.

٤- أنظر: د. احمد نشأت ، رسالة الإثبات ،ط١، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٧٢،ص٣.

٥- أنظر: نص المادة (٥٩) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٦- أنظر: نص المادة ٤٦١/ ملغاة من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١. وتجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي لهذا القانون كأن التعريف هو اعتراف الخصم أو نائبة الخاص امام القضاء بحق مدعى به عليه وذلك اثناء سير الدعوى المتعلقة بهذا الحق .أنظر: نص المادة ٤١٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي .الإأنه تم اجراء بعض التعديلات اللفظية عليه من قبل لجنة المشروع فحذفت العباره الإخيره منه وايضا استبدلت اللجنة الإعتراف بالإخبار لأن مصطلح الإعتراف يستخدم في نطاق التحقيق الجنائي اكثر من مسائل الإثبات المدني ، حذفت عبارة نائبة الخاص لأنها تتعلق بأحكام الوكالة .أنظر: ضياء شيت خطاب واخرون، القانون المدني مع مجموعة الإعمال التحضيرية ،ج٢،مطبعة الزمان ،بغداد ،٢٠٠٠ ، ص٢٤٩.

٧- أنظر: د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، ط٢،المكتبة القانونية ، بغداد ،٢٠٠٧،ص١٣٤.

المحكمة بحق عليه لآخر [١].ومن خلال ما تقدم نعتقد أن التعريف الذي جاء به المشرع العراقي هو التعريف الراجح إذ كان اكثر دقة من المشرع المصري ، لأن المشرع المصري استخدم مصطلح اعتراف على وفق معناه اللغوي بينما العرف القانوني يستخدم مصطلح اقرار في الإثبات المدني ، ومصطلح اعتراف في الإثبات الجنائي[٢] .

الفــرع الثــاني

أنــواع الإقـــــرار

يقسم الإقرار بالمسائل المدنية والتجارية إلى نوعين هما الإقرار القضائي و غير القضائي [٣]، الا أنه في مسائل الأحوال الشخصية وبالذات موضوع اثبات النسب فأن الإقرار أما أن يكون مباشراً أو غير مباشر لذا سنقسم هذا الفرع على مقصدين الاول لدراسة أنواع الإقرار بالنسب في الفقه الإسلامي، والثاني لبيان أنواعه بالتشريعات المقارنة .

المقصد الاول

انواع الإقرار بالنسب في الفقه الإسلامي

القرابة النسبية قد تكون مباشرة وقد تكون غير مباشرة وتأسيساً على هذه القرابة فأن الإقرار بالنسب يتنوع إلى نوعين وهما :-

١- الإقرار المباشر (الإقرار بالبنوة) :- يعد الإقرار بالنسب على النفس أو ما يسميه بعض الفقهاء بالإقرار المباشر[٤] ، هو الإقرار بأصل النسب وبموجبه يثبت للمقر له مباشراً ثم يتعداه إلى غيره كإقرار شخص بأن فلانا ابنه ويتبع ذلك أن يكون المقر له أخا لأولاد المقر ، اي هي الصلة بين الأصول والفروع بدرجة واحدة [٥].

١- أنظر : القرار التمييزي المرقم رقم ٩٧٧/ م٤ /١٩٧٤ في ١٩٧٥/٤/٦ ، اشار اليه الإستاذ ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص١١١.

٢- يستخدم مصطلح (admission) للإقرار في المسائل المدنية ومصطلح (confession) للاعتراف في المسائل الجنائية . See: Wigmore (J.H), Students taxt book of the law of evidence Chicago – U.S.A, 1935,P.197

٣- أنظر: نص المادة ٥٩ من قانون الإثبات العراقي (الإقرار القضائي، هو إخبار الخصم امام المحكمة بحق عليه لآخر، والإقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة).

٤- أنظر: د. عبد المجيد محمود مطلوب ، مصدر سابق ، ص٣٧٥.

٥- أنظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ،ص١٠٤.

ولا يشترط في هذا الإقرار أن يذكر المقر السبب الذي استند اليه في إقراره ، سواء اكان من زواج صحيح أم فاسد أم وطئ بشبهه لأن الإنسان له ولاية على نفسه [١].

وأن الإقرار بالنسب على النفس أما أن يكون اقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة كما لو اقر شخص أن هذا الولد ابنه أو أن فلأنا ابوه أو هذه المرأه امه [٢].

وتجدر الإشارة إلى أن الإقرار المباشر أما أن يكون في اثناء قيام الزوجية أو بعد أنتهاء العلاقة أو الرابطة الزوجية وهذا ما سوف نتعرض له وكما يلي :-

ـ الإقرار بالنسب اثناء قيام الزوجية

إن الإقـــــرار بالنسب اثناء قيـــام الزوجية وثبوت النسب فيه أما أن يكون صادراً من الرجل أو من المرأة وهذا ما سنعرض بيانه بالصورة الاتية .

أ- الإقرار بالنسب الصادر من الرجل

يثبت النسب في هذه الحالة عندما يدعي الرجل أن الولد ابنه فهو يقر بما يلزمه وليس فيه تحميل على الغير[٣] . فيقبل اقراره حفاظا على الولد متى ما توافرت فيه شروط معينه يجب توافرها بإقرار الرجل بالبنوة وهي :

الشرط الاول - أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب

المقصود بهـــذا الشرط أن لا يعلم له أب [٤]، فلو كان الولد معلوم النسب شرعا لغيره فلا يقبل اقراره لتكذيب الشرع له لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وهذا منهي عنه لقول الرسول (ص) " من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين " [٥]. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يدخل ولد اللعان في محيط مجهول النسب ، لأن الملاعن قد يرجع ويكذب نفسه بعد نفي الولد فيثبت نسبه منه ، فضلاً عن أن اللعان قاصر على الملاعن ولا يتعداه إلى غيره فهو في حساب الغير معروف النسب [٦].

١- أنظر: د. احمد الكبيسي ،الإحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٧٠،ص ٣٢١.
٢- أنظر : د. محمد ابو زهره ، المصدر السابق، ص ٤٦٤.
٣- أنظر: ابو الحسن علي بن ابي بكر الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، مصدر سابق ، ص١٩١.
٤- أنظر: محمد حسن ترحيني العاملي ، مصدر سابق ، ص٥٤٧.
٥- أنظر : ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، كتاب العتق ، باب تحريم تولي العتيق غير مواليه ، حديث رقم ٣٧٩٢ ، مصدر سابق ، ص٦٢٣.
٦- أنظر: زين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ط٣ ،ج٦، مطبعة نويد اسلام ، قم ، ١٣٨٤هـ ،ص ٤٢٢.

ولا يصح هذا الإقرار لمقطوع النسب كولد الزنا "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[١] ، بل ينحصر بمجهول النسب لأن الزنا أو التبني ليس سبباً من أسباب النسب [٢].

الشرط الثاني - أن يكون المقر مكلفاً

أي أن يكون الرجل المقر بالبنوة بالغاً عاقلاً مختاراً [٣]، فلا يصح اقرار الصغير غير المميز ، لأن اقراره منشأ للحقوق ولالتزامات وهو ليس اهلاً لها ، فلا يجوز الإقرار الا اذا كان الشخص كامل الأهلية [٤]. أما الجنون فهو اما مطبق او غير مطبق فالمجنون الذي تصدر منه اقوال وافعال تدل على الإقرار فلا يحكم بها لزوال عقله وفقدان قابليته على التميز بين ما هو حق وباطل ، ولأن الله سبحانه وتعالى يحاسب المرء على قدر عقله ومن لاعقل له فلا حساب عليه ، استنادا لقول الرسول (ص) " رفع القلم عن ثلاث الصبي حتى يحتلم ، والمجنون حتى يفيق ، والنائم حتى يستيقظ"[٥]. والحكم نفسه الذي سبق قوله ينطبق على المكره ، فالشخص المقر بالنسب يشترط أن يكون مختارا غير مكرها – الإكراه هو اجبار الشخص على أن يعمل عمل دون رضاه[٦] - فلا يصح اقرار المكره بالنسب استناداً لقول رسولنا الكريم محمد (ص) " أن الله رفع عن امتي الخطأ والنسيان وماستكرهوا عليه " [٧]، وكذلك الحال بالنسبة للسكران فأذا اصدر منه قول وهو في حالة السكر فلا يؤخذ باقراره بالنسب حتى يفيق[٨]. أمـــــا اقرار السفيه أو المريض مرض الموت فأن اقرارهم جائز بوصفه أن الإقرار بالنسب احد الحوائج الأصلية خلافا للإقرار بالنسبة للمسائل المالية فلا يعتد به ، لأنه لا يوجد أي أثر للتبذير من قبل السفيه على اعتراف الأب بأبنه أو الأبن بأبوه ، كذلك الحال بالنسبة للمريض مرض الموت [٩] لأن اقراره ليس فيه محاباة لوارث بقدر ما فيه اعتراف بأمر لا يعرف الا من جهتهِ [١٠].

١- أنظر: ابي جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي ، الكافي ،ج٥،مصدر سابق ، باب الرجل يكون له جاريه، حديث ٢ ،ص٤٩١.
٢- أنظر : د. محمد سماره ، مصدر سابق ،ص٣٧٦.
٣- أنظر : الشيخ محمد حسن النجفي ، مصدر سابق ، ص١٥٤.
٤- أنظر : د.احمد نشأت ، مصدر سابق ،ص١٠.
٥- أنظر : العلامة المجلسي ، مصدر سابق ،ص٢٢٠.
٦- أنظر: نص الفقره الأولى من المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١.
٧- أنظر: ابي القاسم نجم الدين جعفر بن محمد المحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، مصدر سابق ، ص١٣٤.
٨- أنظر: نص المادة (١٥٩٥) من مجلة الإحكام العدلية عرفت مرض الموت هو الذي يكون فيه خوف الموت في الإكثر ويموت الإنسان وهو على تلك الحالة قبل مرور سنة سواء كأن المريض ملازماً للفراش ام لا.
٩- أنظر: السيد محمد علي الطبطبائي ، رياض المسائل في تحقيق الإحكام بالبدائل ، ج١١ ،مؤسسة ال البيت عليهم السلام لاحياء التراث العربي ، قم، بلا سنة طبع ، ص٢١٥.
١٠- أنظر: زين الدين الجبعي العاملي ، مصدر سابق ،ص٣٠١.

الشرط الثالث - أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر

المقصود بهذا الشرط أن لا يكذب المقر عقلاً أو عادة في اقراره بالبنوة ، مثلا لو كأن المقر عمره لنفترض (٣٠)سنة وكأن المقر له مثل ذلك أو اكثر أو أقل بقدر يسير فلا يثبت في هذه الحالة النسب ، لأن كذب الإقرار ظاهر وهذا ما يكذبه العقل[١]. أو في حال أن يقر رجل بنسب ولد من بلد لم سبق له في حياته أن زارهـــا من قبل أو اقام بها ، أو أن المقر لم يتزوج على الإطلاق ، أو كان الزوج مصاباً بعاهة من العاهات تضعف القدره على ممارسة واجباته الزوجية كأن يكون مصاب بالجب أو العنه[٢]، لأنه في هذه الفرضيات السابقة لا يتصور من مثله أن ينجب اطفال ، أو أن تكون الزوجة هي مصابه بعاهة خلقية كأن تكون رتقاء أو قرناء [٣] ، وهذا ما تكذبه العادة .

لذلك متى ما وجد عارض فأن ذلك يؤدي إلى عدم صحـــة الإقرار لأن امكانية الوطء غير متحققة.

الشرط الرابع -أن يصادق المقر له المقر على اقراره اذا كان مميزاً

أن هذا الشرط يُعْرفَ بشرط التصديق[٤] ، أما غير المميز فلا يشترط مصادقته لأن ليس له عبارة معتبره شرعا ، فيكفي اقرار المقر ويعد المقر له مصادقا تقديراً ، لأن في ذلك مصلحته وهو اثبات نسبه فعلماء الإمامية اشترطوا أن يكون المقر له بالغاً عاقلاً ليحق له المصادقه على قول المقر أو أنكاره [٥]. وأن ما ذهب اليه علماء الإمامية في اشتراط البلوغ والعقل بالمقر له هو الإقرب إلى الصواب ، على اعتبار أن هنـــالك التزامات وواجبات تترتب نتيجة هذا التصديق ، منها كان يكون المقر فقيرا والمقر له غنيا وبالتالي يلزم بالنفقة عليه. ولا يشترط في هذا التصديق أن يكون في المجلس نفسه الذي يحصل فيه الإقرار ، بل يصح أن يكون فيه وفي اي وقت كأن حتى ولو بعد وفاة المقر، لأن الإقرار بالنسب يتعلق به حق المقر له ولهذا لايملك المقر الرجوع عنه فيبقى قائما مادام المقر له حيا [٦].

١- أنظر: محمد حسن ترحيني العاملي ، مصدر سابق،ص٥٤٨.

٢- الجب هو من قطع جهازه التناسلي الذكري ولم يبقى مايمكن معه الوطئ.أما العنه هو ضعف في الجهاز التناسلي الذكري إذ يمنعه من الوطئ. أنظر: الشيخ محمد محمد طاهرال شبير ، مصدر سابق ، ص٢٨٩.

٣- هو أنسداد محل الجماع بأمر خلقي أو عارض. أنظر: محمد امين بن عمر الشهير بأبن عابدين ، حاشية رد المختار مصدر سابق ، ص٤٩٤.

٤- أنظر: شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، لبنأن ، ١٩٧٨،ص١٩١ ، وكذلك ابو جعفر بن الحسين الطوسي ،المبسوط في فقه الإمامية ، مصدر سابق ، ص٣٨.

٥- أنظر: اية الله العظمى السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢، دار البذرة ،النجف،٢٠٠٩، ص٣٨٨.

٦- أنظر: زين الدين ابن نجيم الحنفي ، مصدر سابق ، ص١٣٠.

الشرط الخامس- أن لا ينازعه فيه منازع

يُشْتَرط في نفوذ الإقرار بالنسب عدم وجود منازع في النسب المقر به [١]، لأن اذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاق نسب الولد بأحدهما اولى من الآخر بمجرد الإقرار فلا بد من بينه تثبت نسب احدهما دون الآخر ، ويحكم لمن شهدت له ، فأن فقدت البينة يقرع بينهما ويلحق الولد بمن يعينه الاقتراع [٢] .

الشرط السابع- أن يكون المقر له حيـــــــاً

يُشْتَرط أن يكون الولد المقر له حياً وقت صدور الإقرار ، ذلك لأن حاجته للنسب لا تكون الا وقت حياته ليشرف به ويكرم ، فلا يكون بحاجه له بعد وفاته الا اذا كان المقر هو الأب والمقر له هو الأبن المتوفى وقد ترك اولاد فأن الإقرار هنا يصح رغم وفاة الأبن المقر له بالبنوة وذلك لحاجة اولاد الأبن المتوفى إلى ثبوت نسب ابيهم [٣] لأن الأنسان يشرف نسبه بنسب أبيه .

واذا ما توافرت هذه الشروط ثبت نسب المقر له من المقر، وبمقتضى ذلك تثبت جميع الإحكام المتعلقة بالنسب من تحديد المحارم والأرحام والولاية والنفقه والإرث وغيرها من الإحكام الشرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية.

وتجدر الإشارة إلى أنه اذا ماثبت النسب بالإقرار فلا يملك المقر الرجوع عن هذا النسب لأنه لا يحتمل النقض بعد الثبوت .

ب- الإقرار الصادر من المرأة

كما يصدر الإقرار من الرجل يمكن أن يصدر من المرآه كذلك ويكون الإقرار بالأمومة ، ولكن لابد من التفرقة بين أذا كانت المرآه متزوجة أم غير متزوجة وتدعي بنوة الولد بأنها أمه وحسب الآتي .

الحالة الأولى :- اذا كانت المرآة متزوجة

اقرار المرأة بالنسب فيه تحميل للنسب على الزوج [٤] ، فأن اقرارها لا يؤخذ به الأ اذا توافرت الشروط الاتية :-

---

١- أنظر: الفقيه وجداني فخر ، ج١٣ ، مصدر سابق ، ص٤٧٢ . وكذلك أنظر: كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، مصدر سابق ، ص١٨٥.

٢- طريق من طرق إثبات النسب ، يُعْمَلُ به عند التنازع مع عدم وجود المرجح. انظر: محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي ، الكافي ، ج٥، باب الجارية يقع عليها غير واحد في طهر واحد مصدر سابق، ص٤٩١

٣- أنظر: د. عبد المجيد محمود مطلوب ، مصدر سابق ، ص٣٧٧.

٤- أنظر: ابي جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي ، مصدر سابق ، ص٣٩٨.

١- أن تكون مكلفة مختارة ٢- أن يصدقها زوجها أو تقيم البينه بالولادة للولد على فراشه وأمكن العلوق منه ٣- أن يكون الولد مجهول النسب ٤- أن يولد مثله لمثلها ٥- أن يصدقها في اقرارها إن كان مميزاً حسب ما ذهب اليه فقهاء الحنفية، وبالغاً وعاقلاً عند الإمامية. وذلك لأن الإقـــــرار بالنسب هنا فيه تحميل النسب على الزوج [١]. وتجدر الإشارة إلى أنه يقبل اقرار المرأة بالولد اذا كانت متزوجه أو معتدة وادعت أن الولد من غيـــــــــر هذا الزوج [٢] .

الحالة الثانية :- اذا كانت المرأة غير متزوجه

في حالة كون المرأة غير متزوجه وغير معتدة فيصح اقراراها بالولد مطلقاً لأن فيه الزاماً بنفسها دون غيرها ،ولا يمنع من امومتها له أن تقر بأنه ابنها من غير زواج شرعي ،لأن ولد الزنا يثبت من أمه بطبيعة الحال، بعكس ما وجدناه في اقرار الرجل فأذا اقر الرجل أنه ابنه من الزنا لايثبت نسب الولد بأقراره،لأن النسب يعد نعمة ولاينال بمثل هذا الطريق[٣].لذلك فالشروط الواجب توفرها هي [٤].

١- أن يكون مجهول النسب وليست له ام ٢- أن تكون عاقلة مختارة ٣- أن يولد مثله لمثلها ٤- أن يصدقها في اقرارها على النحو السابق . وهنا اقرارها يكون كأقرار الرجل من حيث الإثر المترتب عليه وعلى الزامها وعدم جواز رجوعها عنه.

- ثبوت النسب بعد انحلال الرابطة الزوجية

يختلف حكم ثبوت النسب بعد أنحلال الرابطة الزوجية حسب نوع الطلاق والعدة وكالآتي:

أ- اذا كان الطلاق رجعياً :- إن الزوج في الطلاق الرجعي من الممكن إرجاع زوجته خلال مدة العدة الشرعية ، فأذا جاءت الزوجة بولد خلال المدة المحدده للحمل ولم تكن قد اقرت بعد طلاقها أن عدتها قد أنتهت ثبت نسب الولد للزوج المطلق ، أما اذا كانت قد اقرت بأن عدتها قد أنتهت فأن النسب لايثبت الإ إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار [٥]. أما إذا ولدت بعد ستة أشهر فلا يثبت نسبه من زوجها الإ إذا اقر به الزوج ، لاحتمال حملها به بعد الإقرار بأنقضاء عدتها [٦].

١- أنظر: د.محمد حسين الذهبي ، الشريعة الإسلامية دراسة مقارنه بين مذاهب اهل السنة والشيعة ، ط٣، مكتبة وهبه ، القاهره ، ١٤١١هـ- ١٩٩١م ، ص ٣٧٧.

٢- أنظر: د. وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، ط٤، دار الفكر ،سوريا ، ٢٠١٠،ص٤١٠.

٣- أنظر: ابي جعفر محمد الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، ج٣،دار الكتاب ، بيروت ، بلاسنه ، ص٥٢.

٤- أنظر: د. محمد الكشبور ، البنوة والنسب، ط١، دار الفكر العربي ، القاهره ، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م ، ص ١١٩.

٥- أنظر : محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ص٢٩٤. وكذلك أنظر: زين الدين ابن نجيم الحنفي ، مصدر سابق، ص١٧٠.

٦- أنظر : د.احمد الكبيسي ، شرح قانون الإحوال الشخصية وتعديلاته ، ج١، مطابع التعليم العالي ، الموصل ،١٩٨٦، ص٢٠١.

ب- اذا كان الطلاق بائنا :- إن الزوج في الطلاق البائن لا يحق له مراجعة زوجته الا برضاها وبعقد ومهر جديدين ، فأذا كأنت الزوجة معتده من طلاق ولم تقر أن عدتها قد أنتهت فأن نسب الولد يثبت من الزوج المطلق اذا ما ولدته خلال اقصى مدة الحمل وهي تسعة أشهر عند الإمامية [١] ، وسنتان عند الحنفية [٢] من تاريخ الطلاق البائن ،لاحتمال إن يكون الحمل موجوداً قبل الطلاق .

ج- ثبوت النسب للمعتدة :- اذا توفي الزوج وكانت المرأه معتدة عدة وفاة بعد دخوله بها ولم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد خلال المدة المحددة للحمل بعد الوفاة ثبت نسب الولد إلى زوجها لاحتمال أن تكون قد حملت به بحياة زوجها ، أما اذا اتت به لأكثر من هذه المدة فلا يثبت نسبة من الزوج الا إذا ادعاه الزوج في حالة المطلقة أو الورثة في حالة المتوفى عنها زوجها [٣].

ثانيا - الإقرار غير المباشر (الإقرار بغير البنوة)

يقصد بهذا النوع من الإقرار هو كل ما يتفرع عن اصل النسب كالعمومة والأخوة ، أي الذي يكون فيـــــه حمل النسب على غير المقر ابتداءً ثم يتعدى اليه ، كما لو قال أن فلاناً اخوه فأن معنـــــاه أن يجعله ابنا لابيه واخاً له نفسه ، أو أن فلأنا عمه أو ابن ابنه فلا يثبت أنه عمه الا بعد ثبوت نسب المقر له من الجد ولايثبت أنه ابن ابنه الا بعــد ثبوت بنوة المقر له لابن المقر[٤].والجدير بالذكر أن هــذا النوع من الإقرار لا يصلح أن يكون سبباً لثبوت النسب الا بتوافر احد الإمرين وهما : أولا- أن يصدقه من حمل النسب عليه وهو الأب بالإقرار بالأخ ، والجد بالإقرار بالعم ، والأبن بالإقرار بأبن الأبن . ثانيا - أن يثبت بالبينة ، فأن لم يكن هذا ولا ذاك فلايثبت النسب [٥]. وأن المقر يعامل بإقراره ويلزمه وحدة عن كل حق يتفرع عنه هذا الإقرار ، لأنه حجة قاصرة فلا يتعداه إلى غيره [٦]، ويأخذ المقر بأقراره فيما يعود على الحقوق المادية ، فأذا كان للمقر أب وأخوة وكان موسراً والمقر له مستحقاً للنفقه فيكون ملزم بالإنفاق عليهم ، واذا مات المقر وليس له وارث مطلق استحق المقر له تركة المقر [٧].

١- أنظر: المحقق الحلي ، مصدر سابق ، ص٣١٧.
٢- أنظر: ابن نجيم الحنفي ، مصدر سابق ،ص١٧٧.
٣- أنظر: د. محمد ابو زهره ، مصدر سابق ، ص٣٩١.
٤- أنظر: د. محمد يوسف موسى ، النسب واثاره ،ط٣،دار المعرفة ، القاهره ،١٩٨٨، ص٣٠.
٥- أنظر: زين الــدين الجبعي العاملي ، مصدر سابق ،ص٣٠١.
٦- أنظر: د.عبد المجيد محمود مطلوب ، مصدر سابق ، ص٣٨٣.
٧- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) ، مصدر سابق ، ص١٣٢.

قلنا بأن الإقرار الفرعي أو غير المباشر يشترط فيه تصادق الطرفين ، ولكن السؤال الذي يُعْرَضُ هنا ماذا لوكان الطرف الآخر صغيراً ؟ ففـــي مثل هذه الحالـــــة ينتظر الصغير إلى ما بعد البلوغ ، ثم يسأل فأن أنكـر يكون الإقرار لغواً[١] . وفي هذا النوع من الإقرار يشترط أن لا يكون لأحد المتصادقين المتوافقين على الأخوة وارث موجود حين الإقرار ، لأنه أقرار بنسب الغير فلا يتعدى أثره لغير المقر ، فمتى ما تحقق ذلك فضلاً عن التصادق جاز التُوارث بينهما لأن هذا الإقرار والتصادق من باب الدعوى بلا معارض[٢]. فعن ابن الحجاج قال : سألت أبي عبد الله (عليه السلام) عن الحميل فقال: وأي شيء الحميل؟ قال: قلت المرأة تسبى من أرضِها ومعها الولد الصغير فتقول: هو ابني والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول هو أخي وليس لهم بينه الا قولهم قال: ما يقول الناس فيهم عندكم؟ قلت:لا يورثونهم لأنه لم يكن لهم على ولادتهم بينة وأنما هي ولادة الشرك فقال: سبحان الله اذا جاءت بابنها أو بابنتها ولم تزل مقرة به واذا عرف اخاه وكان ذلك في صحة منهما ولم يزالا مقرين بذلك ورث بعضهم من بعض [٣]. ولكن ممـــا تجدر الإشارة اليه أن الميراث لا يتعدى إلى اولاد الطرفين بل يقف على المتصادقين فقط ، فأذا ماجاء لاحدهما اولاد بعد التصادق يعامل اولاد احدهما مع الآخر معاملة الأجانب [٤]. ونستنتج مما سبق أن الإقرار بالنسب غير المباشر يمتاز عن الإقرار بالنسب المباشر في المسائل الآتية :-

اولا - أن التصادق بين الطرفين شرط في الإقرار بالنسب بغير البنوة ، ألا أنه ليس بشرط في الإقرار بالنسب بالبنوة اذا كان المقر له صغيراً أو مجنوناً .

ثانيا - آثار النسب في الإقرار بغير البنوة لا تتعدى إلى الاقارب والأرحام بينما نجد العكس في الإقرار بالبنوة.

ثالثا - في الإقرار بغير البنوة يحق للمتصادقين أن يرجعا عن اقرارهما لعدم ثبوت النسب ، ألا أنه لا يجوز ذلك في الإقرار بالنسب بالبنوة وذلك لثبوت النسب ومتى ثبت دام.

١- قال صاحب الجواهر(لو تصادق الكبيران على نسب غير البنوة ثم رجعا يقبل منهما ،أما لو رجع المتصادقان في البنوة فلا يقبل منهما لأنه كالفراش بل اشد). أنظر: الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، في شرح شرائع الإسلام ،ج٣٥، مصدر سابق ،ص١٥٧.

٢- أنظر : محمد جواد مغنية ، فقه الإمام الصادق (ع)، مصدر سابق ، ص١٣٢.

٣- أنظر : السيد تقي الطباطبائي ، مباني منهاج الصالحين ، ج٩، منشورات قلم الشرق ، بيروت ، ١٤٢٥هـ ، ص٢٩٥.

٤- أنظر: محمد حسن نرجسي العاملي ، مصدر سابق ، ص٥٥٣.

المقصد الثاني

أنواع الإقرار في التشريعات النافذة

الإقرار في قوانين الإثبات النافذة ، أما أن يصدر أمام المحكمة المختصة وفي ذات الدعوى موضوع النزاع وهذا ما يطلق عليه بالإقرار القضائي أو أن يكون خارج مجلس القضاء أو أمام القضاء ولكن في غير الدعوى موضوع النزاع وهذا ما يعرف بالإقرار غير القضائي ، علماً أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي ، لأن العبرة بالحصول على الإقرار ، من البالغ العاقل المختار المستوفي لشروطه فيما يتعلق بالنسب ، سواء أحصل الإقرار في مجلس القضاء أم خارجُهُ [١]. وسنتناول النوعين كليهما.

اولا - الإقـــــرار القضائي

عرف المشرع العراقي الإقرار القضائي بأنه " أخبار الخصم امام الحكمة بحق عليه لآخر"[٢]. في حين عُرفهُ المشرع المصري بأنه "اعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية يدعي بها عليه وذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة "[٣]. وبالرغم في أن كلا التعريفين قاصرين على الإقرار القضائي فقط ، ألا أننا نرجح ونؤيد ماجاء به المشرع المصري إذ اكد على ضرورة أن يكون الإقرار في اثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة ، وهذا مالم نجده في تعريف المشرع العراقي ، والتي يمكن أن نعدها حسنة تحسب للمشرع المصري. ولكن هناك ما هو أدق وأشمل من كلا التعريفين السابقين وهو ماجاء به المشرع اللبناني إذ عرفه "اعتراف الخصم بواقعة أو بعمل قانوني مدعي بأي منها عليه ويكون قضائيا اذا تم امام القضاء في اثناء النظر في النزاع المتعلق بهذه الواقعة أو العمل ، ويكون غير قضائي اذا تم على غير هذا الوجه"[٤].

وأن الإقرار إما أن يكون شفوياً يبديه المقر بالنسب بنفسه وأما أن يكون كتابة [٥].

ولكي يعتبر الإقرار قضائيا لابد من توافر شرطين هما :

١- أن يقع الإقرار امام المحكمة :- يعتبر الإقـــرار قضائياً اذا صدر امام المحـــكمة مـــن قبل المقر الـــذي يـــدعي البنوة والذي يشترط أن يكون مكلفـــاً[٦]، فـلا يصح اقرار الصغير غيـــر المميز،

١- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام الصادق (ع)، مصدر سابق ، ص٤٦.
٢- أنظر: نص المادة (٥٩) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنه ١٩٧٩.
٣- أنظر: نص المادة (١٠٣) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
٤- أنظر: نص المادة (٢١٠) من اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.
٥- أنظر: د.احمد نشأت ، مصدر سابق، ص١٦.
٦- أنظر: نص المادة (٦٠ / اولا) من قانون الإثبات العراقي (يشترط في المقر أن يتمتع بالاهلية الكاملة فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم أو اوصيائهم أو القوام عليهم).

لأن اقراره منشأ لحقوق والتزامات وهو ليس أهلا لها، فلا يجوز الإقرار ألا أذا كأن الشخص كـــامل الأهلية [١]،أما بالنسبة للجنون فهو أما مطبق أو غير مطبق فإقرار المجنون جنون مطبق بالبنوة لا يـــأخذ به، أما في حالة الجنون غير المطبق فأن تصرفاته وقت افاقته كتصرفات الرشيد العاقل [٢].أما الإقرار الواقع امام الخبير خارج المحكمة فلا يعد اقرارا قضائيا ،لأن الخبير يقوم بعمل فني لمساعدة القاضي بالإضافة يجب أن يقع الإقرار امام المحكمة القضائية المختصة وذلك لتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام ،ويعتبر الإقرار غير قضائي اذا صدر امام محكمة غير مختصة[٣].

٢- أن يكون الإقرار في اثناء سير الدعوى القضائية يجب أن يكون الإقرار خلال اجراءات الدعوى لكي يمكن اعتباره حجة على صاحبة وملزماً له ، فيصح أن يصدر الإقرار بالبنوة في عريضة الدعوى ذاتها ، أو المذكرات واللوائح التي تليها ، أو المذكرات التي يرد بها الدعوى ، كما يمكن أن يرد امام المحكمة نفسها في جلسة من جلساتها ، كما يجوز أن يصدر عند ابداء الطلبات الختامية وقبل ختام الجلسة الأخيرة ، بل ويجوز أن يصدر الإقرار إلى وقت النطق بالحكم[٤]. بيد أن في حالة ابطال عريضة الدعوى نود الإشارة إلى أن الإقرارات الصادرة في هذه الدعوى المبطلة لا تسقط بل تبقى لها حجيتها عند اقامتها مجددا [٥] .ومما تجدر الإشارة الية إلى أن كل من التشريع والفقه العراقي لم ينص على أن يصدر الإقرار القضائي في اثناء السير في الدعوى ، ألا أن ذلك ما استقر عليه القضاء العراقي على اشتراط هذا الشرط ، وأن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة التقديرية الواسعة في اعتبار ما يصدر عن المقر اقراراً أو غير اقرار[٦].

ثانيا - الإقرار غير القضائي

هو كل ما يتم التصريح به خارج مجلس القضاء أو في غير موضوع الدعوى المتنازع عليه أو أن يصدر أمام قاض لا يتولى النظر في النزاع المتعلق بموضوع الإقرار [٧].

١- أنظر: د.عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٥٢.
٢- أنظر: نص المادة ١٠٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٣- أنظر: د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، ط٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٦، ص٧٧.
٤- أنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني،ج٢،نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات – اثار الإلتزام) ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهره ، ١٩٥٦، ص٤٩٣.
٥- أنظر: نص (الفقره الرابعة من المادة ٨٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩(يترتب على ابطال عريضة الدعوى اعتبار العريضة كأن لم تكن) فالغاء الإجراءات أنما يتناول العريضة واثارها القانونية ولا يتناول الإقرارات التي اشتملت عليه الدعوى التي ابطلت عريضتها.
٦- أنظر: د.عصمت عبد المجيد ، المصدر نفسه ، ص١٥٣.
٧- أنظر: د. همام محمد محمود ود. عصام أنور سليم ، النظرية العامة للأثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط١،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،٢٠١٠، ص٢٧٥.

وقد عرف المشرع العراقي الإقرار غير القضائي بأنه الإقرار الذي يقع خارج المحكمة [١].

والإقرار اذا كأن كذلك فـــلا يكون ملزمـــاً وليست لـه اي حجية قـــانونية ملزمة بل يخضع لتقدير الظـــروف التي صدر بها ، فلمحكمة الموضوع لها أن تعدَّه مجرد قرينة أو دليلاً كاملاً أو لا تأخذ به اصلاً [٢] ، فيعتبر الإقرار بهذا الصدد بمنزلـــة التصـــرف القانوني الـــذي تتبع بشأنه القواعـــد العامة لأثبات هذا التصرف [٣]. وهـــذا ما نص عليـــه المشرع العراقـــي بـــأن " الإقرار غير القضائي واقعـــة يعود تقديرها للقاضي ويجب اثباته على وفق للقواعد العامة في الإثبات" [٤]. وفي حالـــة اذا ما اخذت المحكمة بأقـــرار صدر فـــي دعوى اخرى على أنه اقرار قضائي فأن حكمها يكون معيبا يستوجب نقضه، ونتيجة للسلطة الواسعـــة التي يمتلكها القاضي فـــي الإقرار غير القضائي فله تجزئة هذا الإقرار فيأخذ الواقعة الأصلية ويهمل الواقعة المضافة التي لم يقتنع بصحتها ، اضافه إلى أن للقاضي وفقا لظروف الحال أن يعتبر الرجوع جائز عـــن الإقرار في حال الغلط وفي حـــالات اخـــرى يقدرها القاضي ، ولكن مسألة العـــدول عن الإقرار غير جائز متى ما ثبت للقاضي أن القول المدعي بأنه اقرار غير قضائي هو فعـــلاً اقرار صحيح ويتعين الإخذ به حاله حال الإقرار القضائي لاتحاد العله [٥].

والإقرار غـــير القضائي يستمـــد صفـــة اللزوم من كونـــه عمـــلاً قانونياً يتـــم بأرادة منفردة لا مـــن صدوره فـــي مجلس القضاء وبالتالي لا يسمـــح بإبطاله ألا أذا وجد سبب يبطله[٦]. ولابـــد من الإشارة إلى أن الإقرار غيـــر القضائي لا يجـــوز اثباته عن طريق الشهـــادة والقرائن ألا أذا وجـــد احد المسوغات التـــي تسوغ الأثبات بالشهادة فيما يجب اثباته بالكتابة ، ولا يجـــوز اثبـــاته عن طريق توجيه اليمين إلى الخصم على أنـــه لـــم يقر خارج

١- أنظر: نص المادة (٥٩) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

٢- أنظر: د.احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص٦١.

٣- أنظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢، مصدر سابق، ص٤٧٧.

٤- أنظر: نص المادة (٧٠) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٥- أنظر: د. ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات، ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمأن،٢٠٠١، ص٢٧١.

٦- أنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر نفسه ،ص٤٧٨.

مجلس القضاء[١]. أما عن موضوع الإقرارات المسجلة اي اذا سجـــل شخص بأن فلان ابنه وحول مدى الحجية القانونية لهذه الإقارير، إن هـــذه الإقارير المسجلة على شريط جهـاز تسجيل الأصوات للمحكمة أن تستخلص من هذه الأقوال باعتبارها اقرار غير قضائي ، لإمكانية التلاعب بالأشرطة المسجلة وارد وبشتى الطرق الفنية ، وقد يكون الحصول عليها بطرق غير شرعية وعليه يفقد الإقرار قيمته في الإثبات كان يتم الحصول عليه من قبل شخص تحت تأثير السكر أو المخدر[٢].

المطلب الثاني

اركـــان الإقرار وادلـــته

للإقرار أركان لابد من توافرها مجتمعة لكي ينتج آثاره القانونية، فإذا أنعدم اي ركن من الإركان فقد الإقرار كينونته بوصفة وسيلة من وسائل الاثبات ، اضافه لابد من التعرف على ادلة شرعيه الإقرار لذلك قسمنا المطلب إلى فرعين ، الأول لدراسة إركان الإقرار، والثاني إلى أدلة مشروعية الإقرار.

الفـرع الاول

اركـــان الإقـرار بالنسب

اختلف فقهـــاء المذاهب الإسلامية على اركان الإقرار، ففقهاء المذهب الإمامي اتفقوا علـــى أن للإقرار أربعة اركان وهي صيغة الإقرار والمقر والمقر له والمقر به [٣]، في حين يرى فقهاء المذهب الحنفي أن الإقرار يقوم على الصيغة فقط ، وسبب الخلاف أن الركن عند الحنفية هو ما يتحقق به وجود الشي وكأن جزء من ماهيته فأذا أنتفى لم يكن له وجود ،بخلاف الشرط فأنه ماتوقف عليه وجود الشي ولم يكن جزءاً من ماهيته، أما الأمامية فأن الركن هو ماتوقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل سواء أكان جزءاً منه أم كان مختصاً به وليس جزءاً منه [٤] والصيغة عند الحنفية وحدها التي يتحقق بها وجـــود الإقرار، لذا فأن المقر والمقر له والمقر بـــه لا يوجد أي منهـم الا بعد وجود الصيغة [٥]، لذا سنتناول اركان الإقرار الاربعة وكالاتي :-

---

١- أنظر: ضياء شيت خطاب ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي ، دار نافع للطباعة، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص٣٠٥.وقد جاء بنص المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي (يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب بالكتابة في حالتين اولا- اذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لأراده صاحبة فيه . ثانيا – اذا وجد مانع مادي أو ادبي حال دون الحصول على دليل كتابي).

٢- أنظر: قيس عبد الستار عثمان ، الإقرار واستجواب الخصوم في الإثبات المدني – دراسة مقارنه – اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ،١٩٧٩ ، ص٢٨٧.

٣- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام الصادق (ع)، مصدر سابق ، ص١١٥.

٤- أنظر: ابو القاسم نجم الدين ،المختصر النافع في فقه الإمامية ، ط٣، دار الإضواء، بيروت، ١٤٠٥هـ ، ص٢٤٣.

٥- أنظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكيلوبي ، مصدر سابق ، ص٣٩٥.

الركن الاول – الصيغة

المـــراد بالصيغة بصورة عـامة هي اللفظ أو ما يقـــوم مقامه بكـــل ما يدل على ثبوت الحق على نفسه [١].الإختلاف الذي لدى فقهاء المذاهب الإسلامية هو هل تقتصر صيغة الإقرار على اللفظ فلا يشمل غير اللفظ من كتابة أو الإشارة أو الفعل أم يكون شاملاً لها جميعا ؟ نجد بعض من فقهاء الإمامية قد عرف الإقرار بأنه إخبار لحق ثابت على المخبر أو نفي حق له على غيره ، ولا يختص بلفظ ، بل يكفي كل لفظ دال على ذلك عرفاً ولو لم يكن صريحاً وكذلك تكفي الإشارة المعلومة [٢] .أما عند الحنفية فأن الإقرار هو أخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه ولا يُشْتَرط لفظ خاص بل يكفي كل لفظ مفهم له عرفاً [٣].

فقوله الاخبار يتناول كل أخبار سواء أكان عن ثبوت حق الغير على الغير كالشهادة أم ثبوت حق نفسه على غيره كالدعوى أو ثبوت حق الغير على نفسه. من هذا يتضح أنه لم يتم تحديد صيغة معينه للإقرار في اثبات البنوة ، فكل اشاره أو فعل معروف عرفا يصلح أن يكون سببا لأثبات النسب. والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن الإخذ بإشارة الأخرس ؟ أن الإشارة المفهمة من الأخرس اقرار ، أما اشارة القادر على التلفظ فليس لها قيمة عند الفقهاء ، كالشخص الذي يحرك رأسه بعد اخباره بأن هذا الولد ابنه فهذه اشاره على اقراره ويأخذ بها في اثبات النسب لو صدرت من الأخرس [٤] ، وهذا ما اكدته مجلة الإحكام العدلية إذ نصت بقبول الإشارة اذا صدرت من الأخرس وكأنت من اشاراته المعهودة ، واكدت على عدم قبول اشارة غير الأخرس [٥]. ولا يشترط في صيغة الإقرار أن تكون بالعربية بل أنه يصح الإقرار بغير العربية من العربي وغيره ، واقرار اهل كل لغة بلغتهم وبغير لغتهم اذا عرفوها اضطرارا أو اختيارا ، على أن يكون المقر على علم بمعاني الالفاظ التي استخدمها للدلالة على الإقرار ، فأذا لم يكن له علم فأن مؤدى اللفظ لم يقع [٦].

١- أنظر: د. احمد فراج حسين ، ادلة الإثبات في الفقه الإسلامي ،ط١، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤،ص٢٨٢.

٢- أنظر: محمد اسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، ط١، ج٢، مؤسسة ال البيت (ع) لاحياء التراث ،بيروت ، بلا سنة، ص٣٩٢.

٣- أنظر: عثمان بن علي الزيلعي ، مصدر سابق ،ص٢، وكذلك علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، البدائع والصنائع ،ج٧،مصدر سابق، ص ٢٢٣.

٤- أنظر: محمد جواد مغنية ، اصول الإثبات في الفقه الجعفري ، مصدر نفسه، ص٣٦ . وكذلك أنظر : ابي بكر محمد السرخسي ،مصدر سابق، ص ٢٢٣ .

٥- أنظر: نص المادة (١٥٨٦) من المجلة ، وللمزيد أنظر : سليم رستم باز اللبناني ، شرح المجلة ، ط٣، المجلد الإول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا سنه ، ص٨٧٣.

٦- أنظر: محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، مصدر سابق، ص٨.

وبما أن الإقرار هو إخبار عن حق ثابت فأنه يشترط في صيغة الإقرار أن يكون منجزا ، فلا يقبل التعليق لعدم وقوع المعلق قبل وقوع المعلق عليه ، أي أن الحق لم يثبت ولا يثبت الابعد أن يوجد الشي المعلق عليه وأن اشتراط التنجيز وعدم التعليق لاخلاف عليه بين فقهاء المذهب الإمامي [١] . وهذا ما أشارت اليه مجلة الإحكام العدلية اي بطلان الإقرار المعلق على شرط [٢] ، أما الفقه الحنفي فقد ميز بين ثلاثة أنواع من تعليق الإقرار وهي كالاتي :

اولا- أن يصل المقر اقرار بعباره أن شاء الله فهذا الإقرار باطل كأن يسأل الشخص حول اذا كأن هذا الولد ابنه فتكون اجابته أن شاء الله فهذا الإقرار باطل ، أو أن يقول أن فلان ابني أن شاء الله .

ثانيا - أن يصل المقر اقرار بكلام مستلزم تعليقا مخطرا كقوله إن شاء الله فلان أبني فهذا القول تعليق والإقرار باطل.

ثالثا- أن يكون التعليق على شرط كائن لا محاله كمجيئ الغد فالإقرار بالتعليق على هذا الوجه صحيح[٣].

والصيغة في موضوع الإقرار بالنسب هو اللفظ الدال على استلحاق الولد أو مايقوم مقامة كالإشارة أو الكتابة ، والإقرار باللفظ قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، فالإقرار الصريح هو أن يعترف الزوج في مجلس الحكم بأن الولد ابنه ، أما الضمني فهو كل تصرف من الزوج يمكن تأويله بمعنى صريح مثل سكوت الزوج بعد ولادة الولد وعدم أنكاره له اثناء قيام الزوجية أو بعدها والإنفاق على الولد وعلى امه خلال فتره النفاس ومعاملة الولد معاملة الإباء للأبناء [٤]. وكما يكون الإقرار بالنسب باللفظ يكون بالإشارة والكتابة ، فالإشارة من الأبكم والمريض العاجز عن الكلام ، كأن يقال له هذا الولد (مجهول النسب) ابنك فيشير برأسه نعم فأن هذا الإقرار يلزمه وتقبل الإشارة بينما لاتقبل ممن هو قادر على الكلام أو الكتابة[٥] ، بينما يتحقق الإقرار عند فقهاء الإمامية بالإشارة والكتابة المعبرة عن قصد المشير والكاتب سواء حصلت من القادر على النطق أو غيره ، لأن الغرض من الإقرار الإخبار عما في الذمة أو في العهدة فلا يختص بلفظ معين بل مادل على المراد[٦]. فالأخرس أذا كتب الإقرار بيده أو بما يعرف أنه اقرار بالنسب جاز ذلك كذلك الحال بالنسبة لمعتقل اللسان أذا

١- أنظر: اية الله العظمى السيد علي السيستاني ، مصدر سابق ، ص٣٨٣.كذلك انظر: محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ،ج٣٥، مصدر سابق، ص٨.

٢- أنظر: نص المادة (١٥٨٤) من المجلة.

٣- أنظر: علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الإحكام ، ج٤،دار عالم الكتب ،السعودية ، ٢٠٠٣م ، ص٩٢.

٤- أنظر:د.أنور الخطيب،الإحوال الشخصية –خصائص الشخص الطبيعي– مكتبة الحياة ،مصر، ١٩٩٦، ص٢٨.

٥- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام الصادق (ع)، مصدر سابق ، ص١١٦.

٦- أنظر: علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣.

طالت مدته [١]، لأن الأخرس له اشارة معهودة فاذا اتي بها يحصل العلم المشار اليه ، أما اذا كتب شخص سليم عاقل بالغ رشيد مختار بيده اقرارا بأن الولد فلان – مجهول النسب – ابنه ويثبت أنه خطه فأنه يلزم بما جاء بإقراره [٢] .

الركن الثاني – المقر

ويقصد به هو الشخص الصادر منه كل ما يدل على الحاق نسب الولد إلى نفسه ، أو هو الشخص الذي صدر منه الإخبار عن حق ثابت للغير عليه أو نفي حق له [٣]. ويشترط في المقر أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للإقرار ، بـــأن يكون عاقلاً بالغاً غير محجور عليه ، لأن الإقرار عمل شرعي وقانوني فيجب أن تكون إرادته هادفة لإنتاج الآثر المترتب نتيجة اقراره ، فلا عبره بإقرار المجنون حال جنونه ويصح حال افاقته ، كذلك لا يؤخذ بإقرار النائم والمغمى عليه لعدم توفر الوعي الكامل المعتبر لديهم في الإقرار ، فالنائم والمغمى عليه اقرارهم كإقرار المجنون [٤].

أما عن الإقرار الصادر من السفيه فأن اقراره في المسائل المالية لا يصح ، في حين في موضـــوع النسب فيصح وجائز، وبالنسبة لإقرار المريض فأن القانون لم يتطرق للإقرار الذي يصـــدر عـــن الانسان وهو في حالة المرض ، فالمرض بصورة عامه لا يعد من العوارض التي تؤثر على اهلـــيـــة الانسان ألا في حالات محددة والمرض لا يمنع الانسان من أن يكون أهلاً لوجوب الحكم عليه، كما لا يمنع الإنسان من أن يكون اهلاً لوجوب الحكم له ، ألا في حالة المريض مرض الموت فلا ينفـذ اقراره فيما زاد على الثلث سواء اقر لوارث أو لأجنبي [٥] ، عليه فأن اقرار المريض نافذ وهـــو ما أشار اليه المشرع العراقي بصورة غير مباشرة [٦].

الركن الثالث - المقر له

يقصد بالمقر له هو من ثبت له الحق أو من صدر الإقرار لمصلحته ، اي الشخص الطبيعي الذي اعترف له بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة اذا كأن النسب مباشر، أو الإخوة أو العمومة اذا كأن غَير مَباشر، ويشترط بالمقر له أن يكون موجود حال الإقرار [٧].

١- معتقل اللسان هو من حبس لسانه اي منع الكلام فلم يقدر عليه.أنظر: محمد مرتضي الزبيدي ، مصدر سابق ، ص٣١.
٢- أنظر: محمد فرج بشير ، النسب اثباته ونفيه ، مصدر سابق، ص ٣٦٨.
٣- أنظر: علي الموسوي ،وسائل الإثبات في مسائل الإحوال الشخصية ، دار التعارف، الكويت، بلا سنة ، ص١٧٣.
٤- أنظر: السيد علي السيستاني ، مصدر سابق ، ص٣٨٥.
٥- أنظر: السيد علي السيستاني ، المصدر نفسه ، مسألة ٣٥٨ ، ص ٩٦٦.
٦- أنظر: نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات العراقي(يشترط في المقر ان يتمتع بالاهلية الكاملة، فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه، ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم او اوصيائهم او القوام عليهم).
٥- أنظر: ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، مصدر سابق ،ص١٣٦.

أما بالنسبة للجنين فلا يصح الإقرار الا لحمل يتيقن وجودة عند الإقرار ، ويكون ذلك اذا وضعته حيا لأقل من سته أشهر عند الإمامية أو لاكثر من سنتين عند الحنفية [١] . فأذا لم يوجد من أصله كان الإقرار لغواً [٢]. والمقر له بالبنوة يشترط فيه أن يكون مجهول النسب فأذا ماعرف له أب فالأمر باطل ، وبما أن المقر له بالنسب أما يكون بالغاً عاقلاً فلا خلاف في أن يصدق المقر له المقر ولا يشترط للتصديق وقت معين فيصح في أي وقت لاحق للاقرار ، لأن المقر لا يجوز له الرجوع عن الإقرار مهما طال الزمن لتعلق حق المقر له به [٣]. أما الصغير فيثبت نسبه دون تصديق ، واذا مابلغ وأنكر فلا يلتفت لأنكاره لتحقق النسب سابقا على الإنكار [٤]. أما الحنفية فيشترطون التصديق للصغير المميز أما غير المميز فلا يشترطون التصديق ويثبت نسبه بالحال .

الركن الرابع – المقر به

هو الحق الذي اقر به المقر للمقر له ، بمعنى آخر هو محل الإقرار أو موضوع الإقرار ، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه ، فالإقرار بشي مخالف للقانون أو للنظام العام والآداب غير صحيح ، وبما أن الإقرار ينطوي على تصرف قانوني فيجب أن يكون موضوعه معينا تعينا كافيا نافيا للجهالة [٥]. فالإقرار بالمجهول والمبهم يصح ويقبل من المقر وللمقر له أن يلزمه بالتفسير والبيان ورفع الإبهام [٦]. وموضوع الإقرار بالنسب يتعلق بمجهول النسب فلا يصح أن يرد الإقرار على معلوم النسب ، ولابد أن تكون البنوة ممكنه في حقه عادة وشرعاً [٧]. فأذا ماأنتفت امكانية الولادة فلا يسمع هذا الإقرار ولايكون له اي آثر ، كذلك الحال اذا مانازعه منازع في بنوة الصغير [٨]. ولابد من الإشارة أنه يشترط بالمقر به أن لا يكذبه ظاهر الحال كما لو اقر شخص ببنوة آخر أكبر منه سناً ، لأن ماوقع عليه الإقرار مكذب ظاهر الحال لكون المقر أصغر سناً من المقر له بالبنوة وهذا خلاف

١- أنظر: علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ،ط٢،ج٩،مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ، ص٢٢٧.
٢- أنظر: نص المادة (١٥٧٨) من مجلة الإحكام العدلية ، ونص المادة (٦١ اولا) من قانون الإثبات العراقي (يشترط في المقر له أن يكون موجودا حقيقه أو حكما ومعلوما وقت صدور الإقرار) .
٣- أنظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي ، مصدر سابق، ص٣٠٤.
٤- أنظر: د.احمد فراج حسين ، مصدر سابق ، ص٤٠٦.
٥- أنظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني مصدر سابق، ص٤٩٠-٤٩١.
٦- أنظر: السيد علي الموسوي ، مصدر سابق ، ص٢١٠.
٧- أنظر: معجم فقه الجواهر ، ج١، مصدر سابق، ص٤٦٣، أنظر كذلك : السيد علي السيستاني ، مصدر سابق، ص٣٨٨ ، أنظر: ايضا عبد الرحمن بلعكيد ،علم الفرائض ، ط٥، الدار البيضاء، المغرب ، ٢٠٠٦ ،ص٦٧.
٨- أنظر: محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق، ص١٥٦.

المطلوب لاثبات هذه البنوة اذ الحال يتطلب أن يكون المُقر وهو الأب أكبر سناً من المقر له وهو الأبن وعكس ذلك محال وغير ممكن مطلقاً . من هذا يتضح أن الشروط الواجب توفرها في المقر به هي أن يكون معلوماً غيـــر مجهول جهالة فاحشة وأن يرد الإقرار على تصرف مشروع فلا يصح أن يكون المقر به تصرفاً مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يجوز أن يكون المقر به التعامل في تركه أنسان حي ، وأن لا يكذبه ظاهر الحال ، وهو ما أكده المشرع العراقي[١] .

الفرع الثاني :- ادلة مشروعيه الإقرار

يعد الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات التي اكدت عليها الشريعة الإسلامية ، والدليل على ذلك النص على مشروعيته في القرآن الكريم والسنة المطهرة وأجماع علماء الدين الحنيف وفقهائه وبالعقل ، وحسب الآتي :

اولا :- القرآن الكريم

قال تعالى " قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ"[٢]، الإستفهام للتقرير والإقرار معروف والإصر هو العهد وهو مفعول اخذتم ، فالمعنى االقررتم أنتم بالميثاق واخذتم على ذالكم عهدي مَن اممكم و قيل: المراد بأخذ العهد قبول الإنبياء ذلك لأنفسهم فيكون قوله: وأخذتم على ذلكم إصري عطف بيأن لقوله أقررتم، و يؤيده قوله: قالوا أقررنا قال الله للملائكة فأشهدوا وأنا معكم من الشاهدين [٣]، وقوله تعالى " وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ" [٤] ومعنى الاية أن الله تعالى يقول لنبيه واذكر يامحمد ربك اذا استخرج ولد أدم من أصلاب أبائهم فقررهم بتوحيده واشهد بعضهم على بعض شهادتهم بذلك واقرارهم به ،لأن كل بالغ يعلم ضرورة أن له ربا واحداً ،ألست بربكم قالوا بلى فقام ذلك مقام الإشهاد عليهم ، والإقرار منهم [٥]، وقولة تعالى "وشهدوا على أنفسهم أنهم كأنوا كافرين"[٦] ، أي أقروا بالكفر على أنفسهم[٧].

١- أنظر: نص المادة (٦٣ و ٦٤ اولاً) من قانون الإثبات العراقي النافذ .
٢- أنظر: الاية (٨١) من سورة ال عمران.
٣- أنظر: ابي الحسن علي بن ابراهيم القمي ، تفسير القمي ، ط١ ، ج١، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر ، قم – ايران ، ١٤٠٤هـ ، ص١٠٧.
٤- أنظر: الاية (١٧٢) من سورة الأعراف.
٥- أنظر: ابي جعفر محمد بن جرير الطبري ، مصدر سابق ، ص٥٤٦.
٦- أنظر: الاية (٣٦) من سورة الإعراف .
٧- أنظر: ابي عبد الله محمد الإنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط٢، ج٧، دار الكتب المصري ، القاهرة ، ١٣٥٧هـ ، ص ٢٠٤.

ثانيا :- السنة الشريفة

قال رسولنا الكريم محمد (ﷺ) " اقرار العقلاء على أنفسهم جائز" [1]، أي نافذ. وعن عمران بن حصين أن امرأة جاءت إلى النبي (ﷺ)، واعترفت بذنبها بأنها حامل من الزنا ، فأمر النبي (ص) بحضور وليها فقال له النبي احسن اليها فأن وضعت أتني بها ،وبعد وضعها جيء بها إلى النبي ، فرجمت فصلى عليها النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال له عمر اتصلي عليها يانبي الله وقد زنت ؟ فقال الرسول (ص) لقد تابت توبه لو قسمت بين سبعين من اهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت توبة أفضل من أن جاءت بنفسها لله تعالى [2] .

ثالثا :- الإجماع

لقد اجمعت الامه الاسلامية سلفاً وخلفاً ، على صحة العمل بالإقرار لأنه حجة على المقر يؤخذ به ويعامل بمقتضاه ، فقد عمل بالإقرار الخلفاء والصحابة والتابعون وأئمة المذاهب والعلماء منذ زمن نبينا محمد عليه الصلاة والسلام وحتى يومنا هذا ، فالرجل الذي يقول هذا الطفل ابني وليس للطفل نسب معروف ينسب اليه ويثبت نسبه بأقراره [3].

رابعا :- العقل

الإقرار له محاسن كثيرة منها اسقاط حقوق الناس عن ذمة المقر ، وقطع السنتهم عن ذمه وتحقيره وفيه ايصال الحق إلى صاحبة ونفع صاحب الحق وإرضاء الخلق ووفاء العهد ، فالأنسان اذا كان عاقلاً كامل الاهلية هو اعلم من غيره بما يفعل من اسباب الالتزام وبما عليه من حقوق وأن له ولاية على الزام نفسه بما يشاء عن طريق الانشاء ، ووجب عليه شرعاً أن يكشف عن النقاب عن الالتزامات المستقرة عليه لأن كتمان حقوق الناس وهضمها حرام ، أذن هو أخبار العاقل على وجه ينفى عنه التهمة والريبة ، وأن العاقل لا يَكذب على نفسه كذباً يضر بها[4].

١- أنظر: محمد بن الحسن الحر العاملي ، تفصيل وسائل الشيعة إلى مسائل الشريعة ، ج٢٣،ط٢، مؤسسة ال البيت ، قم ، ١٤١٤هـ ، ص١٨٤. وكذلك محمد جواد مغنية ، مصدر سابق ، ص١١٥.

٢- أنظر: مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، باب الإعتراف بالزنا ، مصدر سابق ،رقم الحديث ٩٥٦، ص ١٣٢٣.

٣- أنظر: ابي بكر محمد بن ابراهيم النيسابوري ، الإجماع ، ط٢، مكتبة الفرقان ، الإمارات العربية المتحدة ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ، ص٨٦.

٤- أنظر: د. مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ط٢،ج٢، دار القلم ، دمشق ، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ، ص١٠٥٤.

المطلب الثالث

طبيعة الإقرار واثـــــــاره

للإحاطة بالإقرار كمفهوم قانوني ، لابد من ضرورة التعرف على الطبيعة القانونية للإقرار والآثار المترتبة عليه ، لذلك أفردت هذا المطلب للتعرف على الطبيعة القانونية للإقرار في فرع اول ، وخصصت الفرع الثاني لبيان آثاره ، وحسب الاتي :

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لِلإقرار

ثار جدل واسع بين رجال القانون ، حول الطبيعة القانونية للإقرار؟ ، ووردت عــدة آراء حول هذا الموضوع وهي :-

أولا - الإقرار تصرف قانوني

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن الإقرار يتضمن اتجاه ارادة المقر إلى أحداث آثر قانوني وهو ثبوت الحق المقر به في ذمته[١]. بعضهم الآخر يرى أن الإقرار في حقيقته هو واقعه ماديه تنطوي على تصرف قانوني فهو واقعه مختلطه ،على اعتبار أن الإقرار هو أخبار يصدر من المقر لتقرير واقعة معينه حصلت ، والإقرار من جهة اخرى ينطوي على نزول المقر عن حقه بمطالبة اثبات مايدعية [٢].

ثانيا – الإقرار اعفاء من الإثبات

يرى اصحاب هذا الاتجاه أن الإقرار هو نقل لعبء الإثبات من عاتق المدعي إلى عاتق المدعي عليه (المقر)،فالإقرار بهذه الحالة اعفاء من الإثبات لا نقلا لعبء الإثبات لأن الأصل أن المدعي هو من يتحمل عبء الإثبات للواقعة التي يدعيها فأذا ماقر خصمة بالواقعة يكون عندئذ إعفاءه من الإثبات [٣]

ثالثا – الإقرار قرينه قانونية

الإقرار لا يقتصر على نزول المقر عن حقة لمطالبة خصمة بأثبات مايدعية ، أنما يعطي دليلاً ايجابياً لصحة الواقعة المدعاة ، عن طريق الإقرار الذي ينطوي على واقعتين واقعة الإقرار ذاتها والواقعة المعترف بها ، إذ أن واقعة الإقرار ذاتها تكون ثابتة بقول المقر وأنها مطابقة للواقعة المعترف بها وبالتالي فأن واقعة الإقرار تكون قرينة قانونية قاطعة لصحة الواقعة المعترف بها [٤].

١- أنظر: د.اسماعيل غأنم ، احكام الإلتزام والإثبات ، ج٢ ، مكتبه عبد الله وهبه عابدين ، القاهره، ١٩٦٦، ص٥٢٢.
٢- أنظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، فقره ٢٤٩،ص٤٨٣.
٣- أنظر: د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق، ص ١٣٥.
٤- أنظر: قيس عبد الستار ، القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، كلية القانون والسياسة ، ١٩٧٥، ص٢٨.

رابعا – الإقرار طريق من طرق الاثبات

الإقرار في حقيقته هو طريق من طرق الإثبات ، ألا أنه يتميز عن بقية الطرق ، أنه صادرٌ من المدعى عليه ، ولا يجوز أن تغير هذه الخاصية في الإقرار من شيء كونه طريقا من طرق الإثبات فلكل قاعدة استثناء[١] . فالخصم حين يقر بالحق المدعى به عليه أنما يحسم نزاعا قائما ، أو على الأقل كأن قائما عند رفع الدعوى والا فما الذي حمل المدعي على رفع الدعوى وتجشم عناء المحاكم ولا سيما اذا اخذنا بنظر الاعتبار أن الإقرار لا يصدر دائماً في بداية الدعوى بل قد تقطع الدعوى مرحلة طويله قبل أن يصدر الإقرار [٢]. ونعتقد أن ماجاء به اصحاب الاتجاه الرابع كون الإقرار طريق اثبات هو الراجح وذلك لأن المقر عند اقراره فهو يعفي خصمه من اثبات ما يدعيه وبالتالي فهو يقدم دليلا ايجابيا لصحة الواقعة المدعى بها . أما عن موقف الفقه الإسلامي فكما اختلف فقهاء القانون الوضعي في طبيعة الإقرار نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا كذلك في هذا المجال بين اعتبار الإقرار أنشاء أم أخبار؟. ذهب بعض من فقهاء المذهب الحنفي إلى القول بأن الإقرار هو أنشاء يفيد التمليك في الحال [٣]، على اعتبار أن حكم الإقرار لا يظهر في الزوائد من الثمر والنتاج والولد ولو كأن الإقرار إخبار لشمل ذلك ' وأن الإقرار يرتد بالرد ولا يصح القبول بعد الرد ، فضلاً عن ذلك ما يؤيد أن الإقرار أنشاء لا أخبار هو أن اقرار المريض مرض الموت بدين لاحد ورثته لا يصح ألا بإجازة بقية الورثة ، إذ يعتبر ذلك تبرعا في حالة المرض ، وكذلك هو وصية ولا وصية لوارث الأ أن هذا الرأي منتقد ورد عليه بعض الفقهاء الذين يرون الإقرار إخبار لأن الإقرار حجه قاصرة على المقر، وأن رد المقر له للإقرار يتضمن تكذيب المقر ،لأن الإقرار هو أخبار والأخبار يتحمل الصدق والكذب ، وإن إقرار المريض لبعض ورثته فيه تفضيل وإيثار بعض الورثة على بعض لذلك جعلوا اقراره لوارثه موقوفا على اجازة الورثة ، فالمنع كان بسبب التفضيل والإيثار وليس كونه أنشاءً وتمليكاً [٤].وهذا ما ذهب اليه كل من الأمامية [٥] وبعض فقهاء الحنفية[٦] إلى أن الإقرار هو أخبار الانسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه .

١- أنظر: حسين المؤمن ، نظرية الإثبات القواعد العامة الإقرار واليمين ، دار الكتاب ، القاهرة ، ١٩٤٨، ص٨٧.
٢- أنظر: د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، ط٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٦،ص١٦١.
٣- أنظر: محمد امين الشهير بأبن عابدين ، مصدر سابق ، ص٦١٩ .وكذلك أنظر: علي حيدر ، مصدر سابق ، ص٨٦.
٤- أنظر: الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ،ص٣٠
٥- أنظر: ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق، ص ١٤٣.
٦- أنظر: ابي بكر محمد السرخسي ، المبسوط ، ج١٧،مطبعة السعادة ،مصر،١٣٢٤هـ ، ص١٨٤.كذلك أنظر: العلامة الهمام والشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الإعلام ، الفتاوى الهندية المعروفه بالفتاوى العالمكيريه على مذهب الإمام الأعظم ابي حنيفة النعمان،مصدر سابق ، ص٢٢٩.

الفرع الثاني
الأثار القانونية للإقرار

يترتب على الإقرار بالنسب ثبوت رابطة النسب الشرعي بأثر رجعي بين الأب المقر والأبن المقر له أو العكس (الإقرار بالبنوة) وثبوت نسب الأخوة والعمومة (الإقرار بغير البنوة) وعّد الولد المعترف به شرعيا من النواحي جميعها ويترتب على ذلك حقوق والتزامات متبادلة ، إذ لا يجوز للمقر الرجوع عن اقراره ، وهذا ما نتطرق اليه بهذا الفرع وكما يلي.

اولا – الإثر الرجعي للإقرار

أن الأبن الذي يثبت نسبه من شخص بالإقرار يعد أبنا حقيقياً للمقر وتجب له جميع الحقوق المقرره وفق القانون فلا يعد الإقرار أنشاء لعلاقه الطفل بالمقر وأنما تصريح لهذه العلاقة بحيث تعد رابطة البنوة قائمة بينهما من تاريخ الحمل بالطفل لا من تاريخ الإقرار بالبنوة اي أن للإقرار اثر رجعي كونه كاشفاً لا منشئاً[١] . ومتى ما ثبت النسب يترتب عليه جميع الإثار من التوارث وتحريم الزواج ووجوب المشاركة في الوقف والوصية ، وهذه الإثار تتعدى إلى الأقارب والأرحام جميعاً من غير استثناء مع الإقرار بالولد في حين لا تتعدى اليهم مع الإقرار بغير الولد [٢]. ومما تجدر الإشارة اليه أنه لا يوجد تلازم بين النسب والزوجية فأذا قال شخص هذا ابن زوجتي فلانه فلا يكون الإقرار بزوجيه الأم اقراراً بالولد لأن من الجائز أن يكون ولدها من غيره ، كذلك اذا قال هذا ولدي من فلانه فالاعتراف في الولد ليس اعترافا بزوجية الأم لأن من المحتمل أن يكون قد وطأها بشبهه [٣].

والسؤال الذي يطرح هنا هل تنطبق هذه الإثار على الإقرار بالنسب على الغير في حالة عدم اثباته ؟ كما هو معلوم أن الإقرار بغير البنوة لا يمكن أن يكون سبباً لثبوت النسب الا أذا توافرت أحد الشروط الأتية وهي مصادقة من حمل النسب عليه أو البينة أو أن يقر الورثة جميعاً بنسب هذا الشخص بعد وفاة المقر عليه [٤] ، فأذا ما صدقه المقر عليه أو قدمت بينه أو اقر جميع الورثة بوارث بعد وفاة المقر عليه فهذا الوارث يثبت نسبه من المقر عليه ويشارك الورثة في الميراث ويأخذ نصيبه الشرعي [٥].

١- أنظر: د. عبد الوهاب خلاف ، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ط٢، دار القلم للنشر والتوزيع ، الكويت،١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ،ص١٧٧.

٢- أنظر: وجداني فخر ، مصدر سابق ، ص٤٧٧.

٣- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) ، مصدر سابق، ص١٢٩ .

٤- أنظر: د. محمد يوسف موسى ،احكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، ط١، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٦م ، ص٣٧٦.

٥- أنظر: د. محمد سماره ، مصدر سابق ،ص٣٧٧.

ولكن المشكلة التي تثور هنا هو ما الأثر المترتب لو لم تتوفر احد الشروط السابقة الذكر فيبرز لنا شخص لا يثبت نسبه من المقر عليه في هذه الحالة يعامل المقر بإقراره من ناحية الميراث وبقيه الحقوق فالإلزام لا يتعدى على الغير بل يقتصر على المقر فقط [١] ، فيلزم المقر بالنفقة للمقر له اذا توافر شرطين الآتين :

١- أن يكون المقر له فقيراً وعاجزاً عن كسب عيشه : الفقير هنا هو الذي ليس له مال يستطيع أن ينفق منه واذا كأن له مال فأن نفقته من ماله لأن الغرض من النفقة هو حفظ المقر له من الهلاك أذا كان صغيراً واشباع حاجته وتوفير مأوى له اذا كان كبيراً [٢]. وبالإضافة إلى الفقر لابد أن يكون المقر له عاجزاً عن الكسب اي عدم قدرته على القيام بأي عمل يوفر له مصدر للعيش منه ، والعجز أما أن يكون حقيقياً مثل أن يكون المقر لـــــه مصاباً بعاهه كالشلل أو أن يكون مقطوع الأطراف العليا او السفلى او أن يكون المقر له صغير السن فالنفقة تكون هنا واجبه على المقر [٣].أما العجز الحكمي فيكون في طلب العـــلم أو أن تكون المقر له أنثى فتكون نفقتها على المقر سواء كانت صغيره ام كبيره ، واذا كانت لها القدرة على الكسب فنفقتها من كسبها وعلـــى المقـــر أتمـــــام الكفاية اذا لم يفِ كسبها بحاجتها [٤] ، واذا كان المقر له طالب علم فنفقته على المقر طوال مدة دراسته ولا يكلف بالإنفاق [٥].

٢ - أن يكون المقر ميسور الحال لا يكفي أن يكون المقر له فقيراً وعاجزاً بل لابد أن يكون المقر ميسور الحال اي لابد أن يكون للمقر مال يزيد على نفقة نفسه لذا متى ماكان المقر عاجزاً عن الكسب أو كسبه لا يكفي لنفقة نفسه فلا يتحقق هذا الشرط [٦] ، أما عن المعيار المحدد الذي يمكن على اساسه اعتبار الشخص ميسور الحال أو لا ، فهناك رأيان حول هذا المعيار الرأي الأول يذهب مؤيدوه اذا كـان الشخص من اهل الكسب اليومي فيجب أن يملك مـا يفضل عن نفقته ونفقة عيالـــه

١- أنظر: د.بدران ابو العينين ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مصدر سابق ، ص٣٥.
٢- أنظر: ابي بكر محمد السرخسي ، ج٤، مصدر سابق ، ص٢٢٣.
٣- أنظر: د.فريد فتيان ،شرح قانون الإحوال الشخصية ،ط٢،مطبعة الدار العربية،بغداد،١٩٨٦،ص٢١٣.
٤- أنظر: محمد زيد الدين الإبايني ، شرح الإحكام الشرعية في الإحوال الشخصية ، ط٣، ج٢، مطبعة النهضة ، القاهرة ، بلا سنة ، ص٢٢١.
٥- أنظر: زين الدين الجبعي ، الروضة البهيه في شرح اللمعة الدمشقية ، ج٢، مصدر سابق ، ص١٤٤. كذلك أنظر: محمد امين الشهير ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج٣،ص٦١٨.
٦- أنظر: زكريا أحمد البري ، الإحكام الإساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون ، دار الإتحاد العربي للطباعة ،القاهرة ،١٩٧٤ ، ص٢٢١.

اليوميـــــة وشـهراً إذا كـــــان من أهل الكسب الشـهري ، وهـو ماذهـب اليـه الإماميـه [١] ومحمد من الحنفية[٢].أما الرأي الثاني يذهب أنصاره اذا كأن الشخص يمتلك الحد أو القدر الذي تجب فيه الزكاة يكون ميسور الحال ويعللون ذلك بأن النفقة تجب على الأغنياء وأن حد الغنى في الشريعة الإسلامية هو نصاب الزكاة أو اكثر وهو رأي ابي يوسف من الحنفية[٣].

والذي يبدو أن ما ذهب اليه الأمامية ومحمد من الحنفية هو الراجح اذا كان للمقر كسب دائم وكـان يزيد عن حاجته وحاجة عياله فيلزم أن يصرف ذلك على المقر لـه .وأخيراً لابد من الاشاره أن الإقرار متى صدر صحيحاً ولم يوجد ما يمنع من ترتيب أثره عليه فأنه يثبت بـه النسب ولا حاجة إلى أن يصدر به حكم [٤].

ثانيا – عدم امكانية الرجوع عن الإقرار

إن الحقوق المخولة للطفل بموجب الإقرار قد لا تكتسب أي أهمية تذكر إذا كـان الإقرار قابلاً للرجوع فيه ، فلو أقر شخص ببنوة طفل مجهول النسب وكان هذا الإقرار مستوفياً شرائطه فأن نسبه يثبت لمن اقر به وثبت له تبعا لثبوت النسب جميع حقوق البنوة التي قررتها الشريعة والقانون ، فعن علي (عليه السلام) قال "إذا أقر الرجل بالولد ساعة لم ينتف عنه ابدا"[٥]. ولا يوجد فرق بين اذا كأن الإقرار من الرجل أو المرأه ، لاتحاد السبب " أقرار العقلاء على أنفسهم جائز"[٦]. ومتى صح الإقرار كان ملزماً للمقر ولا يصح له الرجوع عنه متى كان الإقرار متعلقاً بحق من حقوق النـاس . أما إذا كان الإقرار متعلقاً بحق من حقوق الله كما في حد الزنا والخمر فأنه يصح فيه الرجوع : لقولـه ﷺ : " ادرأوا الحدود بالشبهات "[٧]، ولا يعتد بتصديق الصغير بعد بلوغه ورشدة بل لا يلتفت إلى أنكاره اذا أنكر الأبوة أو الأمومة ، بينما اذا اقر ببنوة الكبير فلا بد من تصديقه فأذا أنكر الكبير لم يثبت النسب بينهما الا اذا اقام المقر البينة .والجـدير بالذكر أنـه إذا تصادق البالغان على ثبوت النسب

١- أنظر: زين الدين الجبعي العاملي ، مصدر سابق ،ص١٤٤.
٢- أنظر: محمد امين الشهير بأبن عابدين ، مصدر سابق ، ص٦٢١.
٣- أنظر: د.محمد ابو زهره ، مصدر سابق،ص٤١٩
٤- أنظر: د.عبد المجيد محمود مطلوب ، مصدر سابق ،ص٣٨٠.
٥- أنظر: الشيخ محمد بن الحسن الحـــر العاملي ، وسائل الشيعه إلى، ج٢١،مصدر سابق ، باب أن من اقر بالولد له ،رقم الحديث ٢٧٦٨٩،، ص٤٩٩.
٦- أنظر: زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بأبن نجيم ، الإشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفه ، ط١،دار الكتب العلمية ،لبنان – بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م،ص٢٥٣.
٧- أنظر: السيد سابق ، مصدر سابق ، ص١٦٠.

ثم رجع كلاهمـــــــا أو أحدهما عنـــــه فلا يقبل منهما في حالة الإقـــرار بالولد [١] ، أما الإقـــــرار بغير الولـــــــد فـــأن الرجوع عن الإقرار جائـــز وذلك فـــي حالة اذا ما كان الطرف الآخر صغيراً فينظر إلى ما بعد بلوغه فأن أنكر فالإقرار مـــن الطرف الآخر لا يأخذ به ويعتبر كأن لم يصدر [٢]. فالإقرار بالبنوة يثبت به النسب ومتى ما ثبت فلا يرتفع ، أما فـــــــي القانون فقد اكـــــد المشرع العـــــراقي على عدم جواز الرجوع عن الإقرار إذ نص "لا يصح الرجوع عن الإقرار" [٣] ، ويلاحظ أن النص القانوني جاء مطلقاً من غير تمييز بين الغلط بالوقائـــع أو القانون وعليه لا يجوز الاجتهاد في جواز الرجوع في الغلط في القانون أو الوقائع [٤]. اما عن موقف القضاء فلا مانع من طعن المقر في اقراره اذا كان واقع نتيجة غلط او تدليس او اكراه او صدر من ناقص الاهلية ، فأذا ثبت بالطرق المقرره قانونا فأن المحكمة تبطل الاقرار لا على اعتبار ان الاقرار يصح العدول عنه بل لانه اقرار ثبت كذبه[٥].

١- أنظر: زين الدين الجبعي العاملي ، مصدر سابق ، ص٣٠٢.
٢- أنظر: الشيخ محمد حسن النجفي ،جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ص١٥٧.
٣- أنظر: نص الفقره الثانية من المادة (٦٨) من قانون الإثبات العراقي النافذ .
٣- أنظر: د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ١٥٨.
٤- أنظر: د. عصمت عبد المجيد ، مصدر نفسه ، ص ١٥٦.

المبحث الثالث

دور الشهادة في اثبات النسب

تتمتع أدلـــة الاثبات بقوة ثبوتية قد تكون ذات قوه مطلقة أو محدودة أو معفيه من الإثبات ، وتعتبر البينة من الأدلة ذات القوه المحدودة لأنها تصلح لأثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض فهي تصلح لأثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية ، ولكن بالنسبة للتصرفات تكون قوتها محددة بقيمة معينه يحددها القانون [١] . والبينة تعتبر من أقدم الادلة استعمالاً واكثرها أنتشاراً بين المتداعين في سبيل الحصول على الحقيقة التي تؤثر على شرف وحريه شخص ما ، لما تكتسبه من قوه ثبوتية أمام المحاكم لأن الإفعال والحوادث التي تصبح يوما من الايام أساس الدعوى لا سبيل إلى اثبات كلياتها أو جزئياتها من غير الرجوع إلى ذاكرة الإشخاص الذين شهدوا وقوعها ليكونوا شهوداً [٢].

وتجدر الإشارة إلى أن الشهادة كأنت وسيلة من وسائل الإثبات المهمة في العراق القديم ، إذ يوجد لوح يرجع تاريخه إلى قانون حمورابي والذي يوجد في متحف اللوفر يتضمن قرارا قضائيا يتناول الإثبات بالبينة والإقرار [٣].

وتعد الشهادة في الفقه الإسلامي دليلاً كاملاً يثبت به جميع الحقوق سواءً كانت من حقوق الله الخالصة أو من حقوق العباد [٤] ، فهي تعد الطريق الثالث من طرق اثبات النسب وهي تأتي متأخره عن الفراش والإقرار ولكن قوتها أقوى من الإقرار في اثبات النسب وذلك لأن النسب وأن ظهر بالإقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة ثم أن البينة حجة متعدية لا يقتصر آثرها على المدعى عليه بل يثبت في حقه هو وحق غيره أما الإقرار فهو حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره [٥]. الا أن الحديث عن أهمية الشهادة ومكانتها في الإثبات لا يجعلنا أن ننسى ما يحيط بها من مشاكل خاصة في ظل غياب الضمير ، وما نعانيه من ازمة فقدان الثقة في وقتنا الحاضر ، لذلك فقد احاطها المشرع بضمانات عدة فقد رسم لها اجراءات دقيقة لسماع الشهود [٦]. وفرض عقوبه على شهادة الزور وترك للقاضي التقدير الإعلى في

١- أنظر: نص (الفقره الإولى من المادة ٧٧) من قانون الإثبات العراقي النافذ .
٢- أنظر:د.محمود محمد حسين،النسب واحكامة بالشريعة الإسلامية والقأنون،ط١،دار التعريب،الكويت،١٩٩٥،ص٩٠.
٣- أنظر: د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٠،ص٨٠.
٤- أنظر: محمد امين الشهير بأبن عابدين ، ج٣، مصدر سابق ، ص١٩٨.
٥- أنظر: علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، مصدر ، سابق ، ص٢٥٤. وقد جاء في مجلة الإحكام العدلية في نص المادة ١٦٧٦ أن البينه هي الحجة القوية .
٦- أنظر: المواد (٩١ إلى ٩٧) من قانون الإثبات العراقي النافذ .

الاخذ بها أو طرحها [1] .فأذا ما أقر شخص لآخر أنه ابنه وثبت نسبه بالإقرار ثم ادعى آخر أنه ابنه واقام البينة على دعواه فأن نسب الشخص يثبت بالشهادة ويبطل بالإقرار . ولبيان الدور والأهمية التي تحتلها الشهادة كدليل اثبات للنسب لابد من تعريفها وبيان صورها وخصائصها والشروط الواجب توفرها لكي يمكن اعتمادها دليل اثبات . لذا ارتأينا تقسيم المبحث على ثلاثة مطالب ، المطلب الأول لستعريف الشهادة وادلة مشروعيتها ، والمطلب الثاني لخصائص الشهادة وشروطها والمطلب الثالث الشهادة في دعوى النسب واثبات الولادة .

المطلب الأول

تعريف الشهادة وادلة مشروعيتها

المقصود بالبينة في دعاوى النسب هي الشهادة لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول تعريف الشهادة ويتعرض الفرع الثاني إلى ادلة مشروعيه الشهادة وحسب الآتي :-

الفـرع الأول

تعريف الشهـــادة

للشهادة عدة تعاريف منها لغوي وشرعي وقانوني والذي سنتناوله تباعا .

اولا – التعريف اللغوي للشهادة

الشهادة مأخوذة من الفعل الثلاثي شهد ، يشهد بمعنى حضر ، أخبر به خبراً قاطعاً فهو شَاهد شهود شَهد وشهادة : حلف وشَهد شهاده عند الحاكم لفلان أو على فلان ، ادى ماعنده من الشهادة فهو شاهد وشهد واشهاد ، اشهد فلانا على كذا جعله شاهدا عليه وتطلق الشهادة على عدة معاني .

منها الحضور قد يكون معنى الشهادة الحضور فنقول شهد اي حضر، فهو شاهد [2]. ومنه قوله تعالى" فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ "[3]،وقولة سبحانه " وَهُمْ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ بِالْمُؤْمِنِينَ شُهُودٌ "[4]. ومنها اليمين فقد يكون المقصود بالشهادة هو الحلف، قال تعالى" فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ "[5] وقوله تعالى " وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ " [6]، ومنها المعاينه

١- أنظر: نص المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي النافذ (لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها أن ترجح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة).

٢- أنظر: ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، مصدر سابق ،ص٢٣٩.

٣- أنظر: الاية (١٨٥) من سورة البقرة .

٤- أنظر: الاية (٧) من سورة البروج.

٥- أنظر: الاية (٦) من سورة النور.

٦- أنظر: الاية (٨) من سورة النور.

والاطلاع إذ يقال شهدت الشي أي اطلعت عليه وعاينته فأنا شاهد [١]، ومنها العلم كما في قوله تعالى " شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ "[٢]، ومنها الإدراك إذ تأتي الشهادة بمعنى الإدراك فيقال شهدت الجمعة اي ادركتها [٣]، ومنها الحجة والبرهان كما في قوله سبحانه " قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ "[٤]، وبعد أن استعرضنا اغلب المعاني اللغوية للفظة الشهادة تبين أن المقصود بالشهادة لغوياً هي الحضور في مجلس القضاء لأدائها.

ثانيا - التعريف الشرعي للشهادة

لقد عرف الفقهاء الشهادة عدة تعاريف إذ عرفها فقهاء المذهب الحنفي بأنها "إخبار صدق في مجلس الحاكم بلفظ الشهادة لاثبات حق للغير على الغير ولو بلا دعوى" [٥] ، ويلاحظ على هذا التعريف أنه تضمن بعض شروط الشهادة كقوله (في مجلس الحاكم) ، الا أن هذا التعريف بالرغم ما فيه من دقه الا أنه لم يستثن شهادة المجنون وناقص الأهلية ومن هم على شاكلتهم ، كذلك لم يرد فيه من القيود ما يمنع من هذه الشهادات . في حين عرف فقهاء المذهب الإمامي الشهادة بأنها " إخبار جازم عن حق لازم للغير واقع من غير حاكم " [٦] ، في حين عرفها آخرون من فقهاء المذهب الإمامي بأنها شهادة عدلين أو ما يقوم مقامهما من شهادة المرأة في الموضوعات جميعاً مما ترتب حكم من أحكام الشرع [٧] ، وما يلاحظ على التعاريف التي جاء بها الأمامية أنها غير مانعه لدخول الإقرار والدعوى فيها . ونتيجة لهذه الملاحظات على التعاريف التي جاء بها الفقهاء السابقة الذكر يمكن وضع تعريف للشهادة وهو إخبار الشخص من الغير سواء كان رجلاً ام أنثى بعد ادائهِ اليمين بما ادركته حواسه لواقعة متنازع عليها ، إذ نكون قد فرقنا في هذا التعريف بين الإقرار والشهادة وكذلك الدعوى.

١- أنظر: احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، مصدر سابق ، ص٣٢٤.

٢- أنظر: الاية (١٨) من سورة ال عمران .

٣- أنظر: ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، مصدر سابق ، ٢٤١.

٤- أنظر: الاية (١١١) من سورة البقرة ، وينظر كذلك الاية (٦٤) من سورة النمل .

٥- أنظر: الكمال بن الهمام ، فتح القدير ، مصدر سابق،ص١٣٥ . وكذلك أنظر: العلامة الهمام والشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الإعلام ، الفتاوى الهندية المعروفه بالفتاوى العالمكيريه على مذهب الإمام مصدر سابق ، ص٤٥٠.

٦- أنظر: ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ص٧.

٧- أنظر: الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، القواعد الفقهية ، ط٣، مجلد ٢ ،مطبعة مدرسه الإمام امير المؤمنين ، قم ، ١٤١١هـ ، ص٤٥.

ثالثا – التعريف القانوني للشهادة

عند الرجوع إلى النصوص القانونية لبعض التشريعات وبالذات التشريع العراقي والمصري يتبين أن المشرع لم يجهد نفسه بوضع تعريف للشهادة وقد فعل حسناً، بل اكتفى بوضع القواعد القانونية التي تنظم إجراءاتها من حيث ادائها وسماعها ، تاركاً تلك المهمة للفقه القانوني وللاجتهاد القضائي انطلاقاً من كون النصوص متناهيه والوقائع غير متناهيه . فنجد أن مجلة الإحكام العدلية فقد عرفتها بأنها " الإخبار بلفظ الشهادة بقول اشهد بأثبات حق واحد في ذمة الآخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد وللمخبر له مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به" [١].

وبالرجوع إلى الفقه القانوني نجد أن هناك من عرفها بأنها البينات التي يدلي بها الشخص أو اشخاص عدول بعد اداء اليمين امام المحكمة ، عما ادركوه بالحواس الخاصة من امور تتعلق بموضوع الحق المتنازع فيه [٢]. أما بعضهم الآخر فقد عرفها " أنها إخبار الانسان في مجلس الحكم بحق على غيره لغيره" [٣] ، وآخرون عرفوها بأنها " الإقرار الشفوي الذي يدلي به الشاهد والذي يتضمن كل ما يعرفه عن تجربة معينه أو حادثة سابقة توصل اليها عن طريق احد حواسه"[٤] .

فالشهادة هي إخبار لذلك تحمل الصدق والكذب والحكمة من اعتمادها كدليل لاثبات البنوة هو أن الشاهد يحلف على صدق ما يقول وهو يشهد بحق لغيره على غيره مما يتصور احتمال الصدق على الكذب أضافه إلى أنه لا مصلحة له في الكذب [٥].

الفـــرع الثـــاني

ادلـــة شرعيـــة الشهـــادة

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الإثبات بالشهادة واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والعقل .

اولا – القرآن الكريم

قال تعالى " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً "[٦].

١- أنظر: نص المادة (١٦٨٦) من مجلة الإحكام العدلية .
٢- أنظر: د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ١٣٠.
٣- أنظر: د. أدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ،مصدر سابق ، ص١٩٠.
٤- أنظر: د. سلطان الشاوي ، اصول التحقيق الإجرامي ، شركة اياد للطباعة ، بغداد ، ١٩٨٢،ص٩٩.
٥- أنظر: د.نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ،بيروت ، ١٩٩٥،ص١٧٠.
٦- أنظر: الاية (٤) من سورة النور.

وقوله تعالى " وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ "[١] ، وقوله تعالى " وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ "[٢].

تلك الإيات الكريمة دليل لمشرعية الإخذ بالشهادة ووجوب الإشهاد على المعاملات والإحكام الإسلامية للمحافظة على الحقوق ، وللشهادة فضلاً كبيراً ومقام عظيم فقد رفعها جل ثناؤه ونسبها إلى نفسه وشرف بها ملائكته وافاضل خلقة ، قال تعالى " لَكِنِ اللَّهُ يَشْهَدُ بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ أَنْزَلَهُ بِعِلْمِهِ وَالْمَلَائِكَةُ يَشْهَدُونَ "[٣] ، وقوله تعالى " فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَؤُلَاءِ شَهِيدًا " [٤] .فجعل الله تعالى كل نبي شهيد على امته لكونه افضل خلقه في عصره . وقوله تعالى " شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ "[٥].

ويكفي الشهادة شرفاً أن الله تعالى منع الفاسد عن قبول شهادته ورفع العدل إذ جاء في قولة سبحانه " أَنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا " [٦] ، وقوله تعالى " وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ الْأَرْضُ "[٧] ، فقوله (بعضهم) هي الإشاره إلى مايدفع الله عن الناس بالشهود في حفظ الاموال والنفوس والدماء والاعراض[٨] .

ثانيا :- السنة الشريفة

ماروا ه الإشعث بن قيس الكندي قال : كان بيني وبين رجل خصومة في شي : فأختصمنا إلى النبي (ص) فقال شاهداك أو يمينه ، فقلت أنه اذن يحلف ولا يبالي فقال : من حلف على يمين يقتطع بها حال امرئ مسلم هو فاجر لقي الله وهو عليه غضبان [٩]. وايضا قال الرسول (ص) " اكرموا منازل الشهود فأن الله يستخرج بهم الحقوق ويرفع بهم الظلم "[١٠] وعن ابو بكر بن ابي شيبه ومحمد بن عبد الله بن نمير قالا: حدثنا زيد وهو ابن حباب حدثني سبق بن سلمان ، اخبرني قيس بن سعد

١- أنظر: الاية (٢) من سورة الطلاق .
٢- أنظر: الاية (٢٨٢) من سورة البقرة .
٣- أنظر: الاية (١٦٦) من سورة النساء .
٤- أنظر: الاية (٤١) من سورة النساء .
٥- أنظر: الاية (١٨) من سورة ال عمرأن.
٦- أنظر: الاية (٦) من سورة الحجرات .
٧- أنظر: الاية (٢٥١) من سورة البقرة .
٨- أنظر: ابو الوفداء اسماعيل بن عمر بن كثير ، مصدر سابق ، ص٦٦٩.
٩- أنظر: ابي الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري،صحيح مسلم ،مصدر سابق، حديث رقم ١٣٨،ص١٢٢.
١٠- أنظر: عبد الرحمن السخاوي ، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الاحاديث المشتهرة على الالسنة ، ج١، بدون طبعة، دار الكتاب العربي ، لبنان ، بدون سنة طبع ، حديث ١٥٤، ص ١٤٤.

عن عمر بن دينــار، عن ابن عبــاس أن رسول الله (ص) قضى بيمين وشاهد [١]. وقول رسول الله (ص) " من كتم شهادة أذا دعي اليها كمن شهد بالزور" [٢]. وعن علي بن غراب عن ابي عبد الله عليه السلام قال : " لا تشهدن بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك"[٣].

ثالثا :- الإجماع

تعد الشهادة من أدلة الإثبات بالإجماع ويستدل بها على الحقوق جميعها وفي كل دعوى القليل والكثير وفي العقود والحوادث ، وحتى اليوم لاتزال الشهادة تحتل مكانه مهمة في محاكم الاحوال الشخصية ويحكم بها في كل امر ضمن اختصاصها ، فالشاهد اذا كانت الإجابه له ممكنة ودعي إلى اداء شهادته ففرض عليه ادائها [٤].

رابعا :- العقل

إن سبب وجوب أداء الشهادة هو طلب صاحب الحق من الشاهد أن يدلي بشهادته ، أو خوف الشاهد من فوات الحق على صاحبة ، فالحاجة داعية للشهادة لاثبات الحقوق والا ضاعت فشرعت لحفظ الأموال وتسهيل اعمال القضاء في رد الحقوق لاصحابها ، فمن عنده شهاده ولا يعلم بها صاحب الحق وخشي ضياع الحق وجب عليه أن يشهد بلا طلب ، والدليل على المدعي هو السبب في وجــوب الأداء قولة تعالى" وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا"[٥]،اي اذا دعوا للتحميل فعليهم الإجابة [٦]، لأن الحاجه داعية اليها لحصول التباغض والتناحر بين الناس فوجب الرجوع اليها ، ولأن الشهادة أمانه فلزم ادائها كبقية الأمانات [٧].

١- أنظر: ابي الحسين مسلم ابن الحجاج النيسابوري ، كتاب باب الإقضية ، مصدر سابق ، رقم الحديث ، ٤٤٧٢ ، ص٧٢٨.
٢- أنظر: د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة ، ط٢،دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩م ، ص١٦٦ .
٣- أنظر: السيد كاظم الحائري ، القضاء في الفقه لاسلامي ، ط١، مطبعة باقري ، قم ، ١٤١٥هـ ، ص٤٥٥.
٤- أنظر: سعدي ابو جيب ، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي،ط٢،دار الفكر، دمشق،١٤٠٤هـ ، ص٥٩٨.
٥- أنظر: الاية (٢٨٢) من سورة البقره.
٦- أنظر: ابو الوفداء اسماعيل بن عمر بن كثير ، مصدر سابق ، ص٧٢٥.
٧- أنظر: الموسوعه الفقهيه الكويتة ، اصدار وزارة الإوقاف والشؤون الإسلامية ، ط١، ج٢٦، مطابع دار الصفوه ، ، الكويت ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ، ص٢١٤.

المطلب الثاني

خصائص الشهادة وشروطها

تعد الشهادة دليلاً يعتمد عليه لاصدار الأحكام ، فالقاضي عندما يعرض عليه نزاع يبحث في امكانية اثبات الواقعة المتنازع عليها عن طريق الشهادة ، ثم يبحث في مدى توافر الشروط الواجب توافرها بالشاهد ، ولكون الشهادة تتميز بجملةٍ من الخصائص فقد قمسنا المطلب على فرعين تناولنا بالفرع الاول خصائص الشهادة ،أما الفرع الثاني للشروط الواجب توافرها في الشاهد ، وكالاتي:-

الفرع الاول

خصائص الشهادة

بما أن الشهادة أحد طرق الإثبات الضرورية التي تستخدم لإظهار الحقيقة وإثباتها ، فهي تعد من أهم وسائل الإثبات لتميزها بخصائص عديدة أهمها :

اولا – شخصية الشاهد : يقصد بشخصية الشهادة هو صدورها من الشاهد حصراً ، فالشاهد يجب أن يؤدي شهادته بنفسه ، وهذا الإمر يتطلب حضور الشاهد إلى مجلس القضاء ليدلي بشهادته بأثبات البنوة أو الزوجية أو الابوة أو الامومة ، الا لبعض الحالات التي اشار اليها القانون ، كأن يكون الشاهد مريضاً أو كان لديه ما يمنعه من الحضور فعلى القاضي أو المحقق الانتقال إلى محله لتدوين شهادته [١]. ومع أن المشرع لم ينص صراحة على أن الشهادة لا يمكن أن تصدر الامن أنسان ، الا أن ذلك يستنتج من خلال القواعد العامة في أدلة الإثبات والقواعد الخاصة بالشهادة ، فالمشرع العراقي أوجب سؤال الشاهد عن أسمه ولقبه وعلاقته بالمدعي عليه ومحل اقامتهِ [٢].

ثانيا :- الشهادة تنصب على مايدركة الإنسان بحواسه

إن من نعم الله سبحانه وتعالى على الإنسان هي حاسة السمع والبصر فضلاً عن الحواس الأخرى ، وتعتبر حاسة السمع والبصر من اهم الحواس بالإثبات وخاصه في موضوع اثبات النسب ، لأنه لا يمكن أن تثبت البنوة أو ما في حكمها مالم يكن الشاهد قد سمع أو رأى ، فهذه الحواس مردودها إلى العقل الذي يقوم بتسجيل الواقعة وتقدير نوعها وتميزها عن غيرها ، فالعضو المدرك للحاسة يقوم بتسجيل الواقعة مؤقتا ومن ثم نقلها إلى العقل الذي يمثل الجزء الرئيسي من الجهاز المركزي [٣].

١- أنظر: د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، مصدر سابق ، ص ١٧٨.

٢- أنظر: نص الفقره الاولى من المادة (٩٤) من قانون الإثبات العراقي النافذ .

٣- أنظر: د. محمود محمد هاشم ، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، ط١، عمادة شؤون المكتبات ، جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٨،ص١١٨.

فحاسة الإنسان اذا كانت سليمة وتقوم بالعمل الذي رسمه الله سبحانه وتعالى لها، فيرى الشاهد واقعة الولادة مثلا بعينه ،أو يسمع نسب فلان من فلان عن طريق ما يتناقله الناس ، فيشهد بالوقائع كما رآها أو سمعها وهذه هي الشهادة المباشرة التي تكون موضع ثقه لدى القضاء ، ولابد من الأشاره إلى أنه لا يجوز أن تتناول الشهادة آراء الشاهد أو معتقداته الشخصية لأن الشهادة هي إخبار عن مشاهدة أو سماع[١].

واذا كان للقاضي أن يستعين بآراء ذوي الخبرة في حال اذا وجد نفسه أمام مسألة يتطلب حلها تخصصاً أو مؤهلاً علمياً أو فنياً ، فأن ذلك لا يعني سؤال الشاهد عن رأيه في تلك المسألة مهما كانت ثقته به والا كان حكمهُ باطلاً .

ثالثا :- الشهادة حجة غير لازمة

بالرغم أن التشريعات قد اجازت للقاضي سماع الشهود الاأنه لم تلزمة بالإخذ بشهادتهم وأن كانت مستجمعه لشروطها بل أن القاضي حر بتكوين عقيدته فله أن يأخذ بها أو يستغني عنها جميعاً [٢] .

فالشهادة دليل اقناعي يقدره القاضي بكامل حريته مراعياً ما يحيط بالشاهد من ظروف قد تدفعه للخطأ أو الكذب في شهادته ، في حين أن بعض الفقه الإسلامي ذهب إلى أن الشهادة متى استوفت شروطها وجب الحكم بالاستناد اليها فهي التي تظهر الحق والقاضي مأمور بالأخذ بها والقضاء بموجبها [٣].

رابعا :- الشهادة حجة متعديه

إن الشهـــادة تعد حجــة متعدية [٤] ، فهي تتعدى ما يثبت بها في الحكم الجميع فهي حجة على الكافة ،لأنها صادره من شخص عدل خالي المصلحة في النزاع لا يهمه أن يحابي أحداً من الخصوم ،ولأن للقاضي سلطة مطلقة في تقديرها وتكوين اعتقاده منها وهي تختلف في ذلك عن الإقرار فأن ما يثبت بالشهادة يعد ثابتاً بالنسبة للجميع كمـــا هو الحال في الإثبات بالدليل الكتابي[٥] ، فاذا اقتنعت المحكمة بصدق الشهادة، اذ يفترض فيها أنها صادرة من اشخاص لا مصلحة لهم في الدعوى وأن هذه الشهادة تصبح حجة بذاتها وتشمل قوتها الخصوم والغير وذلك على خلاف الإقرار، فالإثبات فيها حجة مقتصرة على من صدر منه .

١- أنظر: حسين المؤمن ، نظرية الإثبات – الشهادة- ج٢، بغداد ، ١٩٥١، ص٢٧.

٢- أنظر: د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة ، مصدر سابق ،ص٢٥٠.

٣- أنظر: ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني ، مصدر سابق ، ص٢٨٢. إذ قال (وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على المحكمة لأن الشهادة عند استجماع شروطها فهي مظهره للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق).

٤- أنظر : نص المادة (٧٨) من مجلة الإحكام العدلية.

٥- أنظر : د.احمد فراج ، مصدر سابق ، ص٣٠٢ . كذلك أنظر: د. فؤاد علي سلمان ، الشهادة في المواد الجزائية ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كليه القانون جامعة بغداد ، ١٩٨٩ ، ص٣٧.

خامسا :- الشهادة حجة غير قاطعة

يترتب على اعتبار أن الشهاده حَجة مقنعة غير ملزمة ، أنها حجة غير قاطعة ، اي لها قابلية اثبات العكس ، فما يثبت بالشهادة قابل لاثبات نفيه بشهادة آخرى أو بأي دليل آخر ، فالإثبات بالشهادة يعد صحيحاً مالم يثبت خلافة حتى صدور الحكم [١].

سادسا :- الشهادة حجة مقيدة

إن المشرع قدر احتمال الكذب أو النسيان في الشهادة فحد من خطرها ، فهو أجاز بوصفه مبدأ عاماً سماع شهادة كل شخص بغض النظر عن سلوكه ومركزه الإجتماعي ووسائل عيشة، غير أن ذلك لا يعني إضفاء حجة مطلقة عليها ، فالإثبات بها يبقى مقتصراً على الوقائع المادية ذات العلاقة بالدعوى وفيما لا يتجاوز نصاب معين في التصرفات القانونية الآخرى [٢] ، والشهادة قد لا ترد على واقعه الدعوى بل يجوز أن تنصب على ملابسات لها تأثير في ثبوت الواقعة كالشهادة على سمعة المدعي عليه أو حالته الاجتماعية لأن ذلك يساعد في ترجيح أدلة الإثبات أو النفي [٣].

الفـرع الثـاني

شـروط الشـــاهد

الشهادة كدليل اثبات للنسب اتفق عليه فقهاء الشريعة والقانون ، الا أن الفقه الإسلامي يشترط بالشاهد شروطاً معينه وذلك لخصوصية هذا الدليل ، وهي كالآتي :

اولا – البلوغ

يجب على الشاهد الذي يعتمد على شهادته أن يكون متسماً بأهلية الشهادة ،فالأهلية هي أساس التكليف إذ تنقسم الإهلية إلى أهلية تحمل وأهلية اداء ، وأن اهلية التحمل تعد قائمة إذا توفرت في الشاهد ملكة الإدراك اي اذا كان عاقلاً، فلا تقبل شهادة المجنون [٤] ،أما بالنسبة للصغير قبل البلوغ فهو أما أن يكون مميزاً أو غير مميز والصبي غير المميز لا اشكال في رد شهادته ، الـــذي ينبغـــي

١- أنظر : د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات ، مصدر سابق ، ص٣١٥.

٢- أنظر : حسين المؤمن ، نظرية الإثبات – الشهادة- ج٢، مصدر سابق ، ص٢٧.

٣- أنظر المادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي النافذ والتي تنص (اولا - يجوز اثبات وجود التصرف القانوني أو أنقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تزيد على ٥٠٠٠ خمسة الاف دينار .

ثانيا - اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ٥٠٠٠ خمسة الاف دينار أو كأن غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف أو أنقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك).

٤- أنظر: د. محمد شلال حبيب ، الشهادة واحكامها ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، العدد ٢١، السنة ١٩٨٩ ، ص ١٧١.

البحث عنه هو شهادة الصبي المميز فقد جاء في قولة سبحانه " وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ "[١] ، فكلمه الرجل في الاية الكريمة لا تشمل الصبي ،فضلاً عن قوله تعالى " شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ " [٢]، والعدالة لا تتصور من الصبي.

ولعـــــل العلة التي حالت دون قبول شهادة غير العاقل هي نفسها التـــي حالت دون سماع شهادة الصغير غير المميز اذ لو كان عاقلاً لكان مكلفاً وبما أنه غير مكلف شرعاً فلا تسمع شهادتة شرعاً[٣].

وقد اختلف فقهاء المذاهب في تحديد سن البلوغ الشرعي الا أنه أذا كان هناك اختلاف بين اقوال المذاهب أو بين بعضها وبين ماذهب اليه فقهاء القانون فأن هذا الإختلاف في العلامات الداله على البلوغ لا في البلوغ نفسه ، فللبلوغ علامات ودلائل وهي .

١- الإحتلام :- أي نزول المني من المكان المعتاد وقد اتفقت فقهاء المذاهب الإسلامية[٤] على أن الإحتلام يدل على البلوغ في أي سن يكون وفي أي حالة ، قال تعالى " واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا "[٥] ، الحلم يقصد به البلوغ.

٢- الحيض والحمل :- يدلان على بلوغ للأنثى[٦] ، فالحيض في النساء بمنزلة المني في الرجال ، أما الحمل فلان الولد يتكون من اختلاط ماء الرجل والمرآه معاً .

٣- ظهور الشعر الخشن على العانة .

٤- السن :- نجـــــد أن فقهاء المذهب الإمامي قد حددو سن البلوغ بإكمال تسع سنوات هلالية (قمرية) بالنسبة للأنثى ، أما الـــــذكر فيكفي لعدّة بالغاً هو بإكمال خمسة عشر سنة [٧] ، في حين فقهاء المذهب الحنفي حددو سن البلوغ بالنسبة للأنثى هو سبعة عشر سنة ، أما الذكر فهو ثمانية عشر سنة [٨]. أما بالنسبة لتحديد سن الشاهد في القانون فنجد أن المشرع العراقي فقد حدد سن الشاهد لتأدية الشهادة أذا أتم خمسة عشر سنة ، وأجازت سماع الشهود الذين لم يتموا هذا السن على سبيل الاستدلال[٩] .

١- أنظر: الاية (٢٨٢) من سورة البقرة .
٢- أنظر: الاية (١٠٦) من سورة المائدة .
٣- أنظر: شمس الدين السرخسي، ج١٦ ، مصدر سابق ، ص١١٣.
٤- أنظر : محمد حسن النجفي ، مصدر سابق ، ج٢٦ ، ص١٤.
٥- أنظر: سورة النور الاية (٥٩) .
٦- أنظر: ابو القاسم نجم الدين المحقق الحلي ، ج٤، مصدر سابق، ص١٥.
٧- أنظر: اية الله العظمى السيد علي السيستاني ، مصدر سابق،ص٣٣٦.
٥- أنظر: شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ج٧، ص٤٢.
٦- أنظر: المادة (٦٠ / ب) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

أما المشّرع المصري فقد حدد السن بخمسة عشر سنة [١]، وتجدر الإشاره أن العبرة في عمر الشاهد وقت الإداء بشهادته لا وقت تحملها [٢]،ويلاحظ أن أهليه الشاهد في القانون المصري والعراقي أدنى من أهلية التصرف القانوني[٣] ،أما عن الشروط التي يتطلبها القانون بالشهود لتحقق أهلية الشاهد هي كل من الإدراك وحرية الأختيار، فبالنسبة للأدراك نجد أن القانون قد حدد الأهلية اللازمة للشهادة بخمسة عشر سنة، أما قبل هذا فلا يكون الشاهد أهلاً لاداء الشهادة، إذ أن من الحقائق الثابتة أن الأنسان يولد ناقص الأدراك ويكتسب التمييز بصورة تدريجية منذ ميلاده إلى أن تكتمل قدراته الذهنية وحتى بلوغ السن الذي ينضج فيه العقل ويتكامل[٤].

ثانيا :- سلامة الإرادة

أجمع الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة على أن شهادة المجنون غير مقبولة، لأن الجنون المطبق يستمر مع الشخص في الإوقات جميعها وليست له إفاقه، أما اذا كان الجنون غير مطبق أي تتخللة فترات إفاقه في بعض ساعات الليل أو النهار فيصحوا الشخص من جنونه ويعود لحالتة الطبيعية ،فلا بأس بشهادته اذا كأن حاضر الذهن ومستكمل الفطنة وتقدير ذلك يرجع للقاضي [٥]. لأن المجنون هو فاقد الولاية على نفسه فلا يمكن أن نجعله ذا ولايه على الغير عن طريق الشهادة [٦].أما عن حرية الإختيار فالمقصود بذلك هي قدرت الإنسان على تحقيق وتنفيذ الفعل بارادتة ، وتنتفي حرية الأرادة بنوعين من الأسباب منها خارجية كالاكراه ومنها داخلية كالعوارض التي تصيب الحالة النفسية والعقلية [٧] ،أي أن يكون الشاهد قادراً على ادلاء شهادته أمام المحكمة ولم يصب بعارض من شأنه أن يفقده القدرة على التمييز كالشيخوخة إذ تنعدم لديه الملكات الذهنية والنفسية التي تكفل له ارادة الإختيار [٨]. وقد يدخل عدم القدرة على التمييز حالة الإصم والإبكم الذي لا يمكنه الإدلاء بأي معلومات لا عن طريق الكتابة أو الإشارة أو اي طريق آخر ، أما اذا كانت هذه الحاله لا تؤثر على

١- أنظر المادة (٦٤) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٤.
٢- قرار محكمة التمييز العراقية ١٣١٠/ ١٩٧٣في١٩٧٤/٢/١٣،منشوربالنشرة القضائية،العدد١،سنة٥، ص١٠٨.
٣- أنظر: د.علي حسن الخلف و د.سلطان الشاوي ،المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط٢ ، الناشر لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ ،ص٣٩٧.
٤- أنظر:نص المادة (٤٤) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨والذي حدد اهلية التصرف (٢١ سنة).
٥- أنظر: محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، ج٤١، مصدر سابق،ص١٥.
٦- أنظر: د.محمد ابو زهره ، مصدر سابق ، ص٦١.
٧- أنظر: د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات ، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد ، العدد ٢، السنه ٢٩ ، ١٩٥٩، ص٣٨٢.
٨- أنظر: حسين المؤمن ، نظرية الإثبات – الشهادة - ، مصدر سابق ، ص٤٣.

قدرة الشخص على الفهم والتعبير فأن شهادتهُ جائزة [١]،وقد اجاز المشرع العراقي الإخذ بشهادة الشاهد اذا كان أصم أو أبكم مادام يستطيع التعبير عن الواقعة التي يشهد بها بالإشارة التي أعتاد التعبير بها [٢] ،وأن ادراك المحكمة لمعاني أشارت الشخص الأبكم أو الأصم أمر موضوعي يرجع الفصل فيه لمحكمة الموضوع فلها أن تعين من يترجم أقواله وهذا ما أستقر عليه القضاء العراقي[٣].

ثالثا :- الإسلام

يشترط بالشاهد أن يكون مسلماً متى ما كان أحد الأطراف مسلماً، فالإسلام شرط أساسي لقبول الشهادة ، استنادا لقوله سبحانه " وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا " [٤]، فالله سبحانه وتعالى نفى أن يكون للكافر ولاية على المسلم ،أما عن شهادة الذمي على الذمي، فقد ذهب فقهاء الإمامية إلى قبولها ، فعـــن ابي عبيده عن أبـــي عبد الله عليه السلام قَال (تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل ،ولكن لا تجوز شهادة أهل الذمة الأعلى ملتهم)[٥].وكذلك ذهبت الحنفية إلى قبول شهادة الذمي على الذمي[٦]. فالإصل أن يكون الشاهد مسلما فلا تقبل شهادة الكفار سواء كانت الشهادة على مسلم ام على غير المسلم لقوله سبحانه " وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ "[٧] ، وقوله تعالى " أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ "[٨]. فالكافر ليس بعدل وليس منا ولأنه أفسق الفساق ويكذب على الله تعالى فلا يؤمن منه الكذب على خلقة ، الا أن هذا الأصل ورد عليه استثناء وهو شهادة الكافر على المسلم بالوصية في السفر فقد أجازوها عملاً بقوله تعالى " شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ "[٩]. واشترطوا لجواز القبول ،السفر أي اذا كان الموصي في سفر واراد الوصية ولم يجـــد

١- أنظر : د.محمد زكي ابو عامر ، قانون العقوبات القسم العام ، ط١، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٦، ص٢٠٨.

٢- أنظر: نص المادة (٦١/ج) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

٣- قرار محكمة استئناف بغداد – الرصافة بصفتها التمييزية المرقم ٧٣٨ / ٧٤٤/ هـ٢ /٢٠٠١ والذي جاء فيه (...كما أن المترجم لم يؤدي اليمين القانونية المعتبرة عند قيامه بالترجمة لأنه من خارج جدول الخبراء ، كل ذلك أخل بصحة القرار المميز فقرر نقضه...) القرارغير منشور .

٤- أنظر : الاية (١٤١) من سورة النساء.

٥- أنظر: محمد بن الحسن بن علي الحر العاملي ، ج١٨ ، مصدر سابق ،ص٢٨٤.

٦- أنظر: علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، مصدر سابق ، ص٣.

٧- أنظر: الاية (٢) من سورة الطلاق.

٨- أنظر: الاية (٢٨٢) من سورة البقرة.

٩- أنظر: الاية (١٠٦) من سورة المائدة .

شاهدين عادلين من المسلمين [١] .الا أن بعضهم الآخر ذهب إلى جواز شهادة غير المسلمين من أهل الكتاب في الوصية أذا لم يوجد شاهدين مسلمين عدلين يشهدان على الوصية ولم يشترطوا أن يكون ذلك في الغربه [٢]. وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أن المشرع العراقي والمصري قد أغفلا النص على مثل هذا الشرط ، في حين نجد موقف القضاء المصري قد أكد على شرط الأسلام ففي أحد قرارات محكمة النقض الذي نص (الشاهد يشترط فيه الأسلام أذا كان المشهود عليه مسلماً فالشهادة فرع من فروع الولاية لما فيها من لزام بالحكم ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، ووجود المسلم المشهود عليه في غير دار الإسلام عدم أعتباره ضروره مسوغة لمخالفة هذا الشرط)[٣].

رابعا :- العدالة

العدالة في اللغة تعن الإستقامة أو الإستواء أو هما معا [٤]، وتعد العدالة من أهم الصفات الواجب توفرها في الشاهد ليكون أهلا للشهادة ولقبولها [٥].

وتعرف العدالة بأنها الملكة أي الأستقامة في جادة الشريعة المقدسة الناشئة عن خوف راسخ في النفس ، وينافيها ترك واجب أو فعل حرام ، ولا فرق في المعاصي في هذه الجادة بين الصغيرة والكبيرة [٦].وأستند إلى توفير العدالة في الشاهد إلى قوله تعالى " وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ "[٧] ، وقولة تعالى في الوصية " اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ "[٨] ، فأن أعتبار العدالة في الشاهد على الوصية يقتضي أعتبارها في غيرها بأولوية ، فلا يجوز أن يكون الشاهد ممن لايقبل قوله إذ قال تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا " [٩] ، وبما أن الشارع المقدس منع من قبول قوله فالأولى أن يمنع من نفاذه بحق الغير من خلال الشهادة . وقد أكدت مجلة الإحكام العدلية على شرط العدالة في الشاهد [١٠]. وأن مسألة التحري عن عدالة الشهود أمر متروك لتقدير سلطة المحكمة المختصة ، وهنالك عدد من السبل التي يمكن من خلالها التأكد من عدالة الشهود منها مثلا

١- أنظر: محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق،ص٢٢.
٢- أنظر: محمد جواد مغنية ، اصول الإثبات في الفقه الجعفري ، مصدر سابق ، ص٧١.
٣- إقرار محكمة النقض المصرية ، نقض ١٤ / تشرين الثاني ١٩٦٢ اشار الية أنور طلبه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٦، ص٥٨١.
٤- أنظر: أنظر: محمد مرتضى الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، مصدر سابق ، ص٥٣١ .
٥- أنظر: محمد جواد مغنية ، اصول الإثبات في الفقه الجعفري ، مصدر سابق ، ص٧١.
٦- أنظر: محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ،ط٢، ج١، مطبعة ستارة ، قم ،١٤٢٥هـ ، ص١٥.
٧- أنظر: الاية (٢) من سورة الطلاق.
٨- نظر: الاية (١٠٦) من سورة المائدة.
٩- أنظر: الاية (٦) من سورة الحجرات.
١٠- أنظر: المادة (١٧٠٥) من مجلة الإحكام العدلية.

التزكيه التي هي عبارة عن شهادة عدلين معروفين يشهدان بأن الشاهد المذكور عدل [١]، فقد سأل ابا عبد الله عليه السلام : بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادتة لهم وعليهم ؟قال عليه السلام أن تعرفوه بالستر والعفاف وكف البطن والفرج واليد واللسان ، ويعرف بأجتناب الكبائر التي أوعد الله عليها النار، من شرب الخمر والزنا والربا وعقوق الوالدين ، ويكون منه التعاهد للصلوات الخمس أذا واضب عليهن ، وحفظ مواقيتهن بحضور جماعة من المسلمين ، وأن لا يتخلف عن جماعتهم في مصلاهم الا من عارض ، فأذا سأل عنه في قبيلته ومحلته قالوا ما رأينا منه الأخيراً[٢] أما الحنفية فأنهم يعتبرون العدالة شرطا يوجب على القاضي الحكم ولكنها ليست شرطا لقبول الشهادة فتجوز شهادة الفاسق [٣]. أما عن موقف التشريعات من هذا الشرط فنجد أنه لم يتم التطرق لتوفر العدالة بمن يدلي بشهادته ، فالقوانين تشترط الأهلية وسلامة الحواس وبلوغ السن القانونية وأن يلتزم الشاهد بقول الصدق ، فالشهادة امانه لمن يشهد في الواقعة موضوع النزاع ، واذا ما تعمد الشاهد قول الباطل أو اخفاء بعض المعلومات عد في هذهِ الحالة شاهد زور[٤].

خامسا :- نصاب الشهادة

يعد اكتمال النصاب المحدد شرعا للشهادة واحد من الشروط اللازم توفرها ، زيادة على الشروط ، فعلى الرغم من الاتفاق بين المذاهب في الاعتماد على شهادة الرجلين الا أنهم اختلفوا في تضمين هذه الشهادة شهادة النساء إلى جانب الرجال في أثبات النسب ، فانقسموا على رأيين :

الرأي الأول – وهو ما تبناه المذهب الإمامي إلى أن نصابَ الشهادة في قضايا أثبات النسب هو شاهدان ذكران عدلان استنادا لقوله تعالى " وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ "[٥] ، فلا يثبت النسب بشهادة النساء سواء كانت منفردات أو منظمات ، كذلك لا يثبت بشهادة رجل ويمين [٦]، بذلك فهم ينفون جواز شهادة النساء في دعوى النسب [٧].

١- أنظر: د. عطية سليمان خليفة ، مصدر سابق ، ص١٢٥.
٢- أنظر: علي الحسيني الميلاني،الشهادات، ط١، مطبعة سيد الشهداء عليه السلام ، قم ، ١٤٠٥هـ ، ص٥٨.
٣- أنظر: علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، ج٦، مصدر سابق ، ص٢٧٠.
٤- أنظر : نص المادة (٢٥١) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٥- أنظر: الاية (٢) من سورة الطلاق.
٦- أنظر: يوسف الفقيه ، الإحوال الشخصية في فقه اهل البيت ، ط١ ، مؤسسة الرساله ،بيروت ،١٩٩٤م،ص٢١٥.
٧- أنظر: ابو القاسم نجم الدين ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٤،مصدر سابق ،ص١١٦.

الرأي الثاني :- هو ما ذهبت إليه الحنفية في أن نصاب الشهادة فـــي قضايا النسب ، يثبت بشهادة رجلين عـــدلين أو رجل وأمرأتين ، فهم قد جوزوا شهادة النساء في القضايا كافة المالية وغير المالية [١]، أستنادا لقوله تعالى " واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ "[٢] ومن بين الرأيين يعد ماذهب اليه الإمامية هو الرأي الراجح وذلك لأن الآية جاءت في مجال الرابطة الزوجية وأنحلالها ، بينما الآية التي استند اليها الأحناف كانت صريحة في مجال الدَينْ فقط . أما عن موقف التشريعات فقد سادت قاعدة عدم الأكتفاء بالشاهد الواحد ، إذ تشترط تعدد الشهود ، بيد أن هذه التشريعات لم تحدد نصاباً للشهود وأنما ذلك يخضع لسلطة القاضي التقديرية ، فقد يقبل بشهادة واحد ويرفض عدداً من الشهود وقد لايعتمد على شهادة واحد مهما كانت شهادته مقنعة وقوية مالم تسندها قرينة آخرى[٣].اما المشرع العراقي فقد حدد في المادة (٨٤) من قانون الاثبات العراقي للمحكمة ان تاخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي اذا اقتنعت بصحتها، كما ان لها ان ترد شهادة شاهد او اكثر اذا لم تقتنع بصحة الشهادة.

١- أنظر: د. محمد ابو زهره ، مصدر سابق ، ص٦١.
٢- أنظر: الاية (٢٨٢) من سورة البقرة.
٣- أنظر : د.فؤاد علي سليمان ، مصدر سابق ، ص١٢٢.

المطلب الثالث

حكم الشهادة بالنسب والولادة

تحتل الشهادة بدعوى النسب ذات حكم الشهادة في الدعاوي القضائية الإخرى من حيث التعريف والشروط ، الأ أنها تتمتع بخصوصية معينة تفرضها طبيعة هذه الدعوى إذ تتمثل هذه الخصوصية في عدم أشتراط المعاينة بدعاوى النسب وعدم أكتمال النصاب في أثبات الولادة ، وهذا مانتناوله بالفرعين الآتيين :-

الفرع الإول

اثبات النسب بالشهادة

اتفق الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة على أن الشهادة هي معاينة الشاهد للواقعة بسمعة أو بصره استنادا لقوله تعالى " وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا "[١] ، وبالرغم من قيام الشهادة على المعاينة الأ أن هناك استثناء يرد بهذا الخصوص وكما يلي :-

اولا – الشهادة بالتسامع (الإستفاضه)

الإستفاضة في اللغه مصدر استفاض ، فيقال فاض أو أفاض السيل بمعنى كثر حتى سال من ضفة الوادي ، وأستفاض الخبر ذاع وأنتشر [٢].

والأستفاضة والشياع والتسامع بمعنى واحد ، وهو أن تسمع من جماعة يستبعد اتفاقهم وتواطئهم على الكذب إذ يحصل منقولهم الإطمئنأن بالصدق [٣]، فهي شهادة بما تتسامعة الناس بعضها عن بعض أي سمعوا أن فلانا ابن فلان وأن هذا النسب مستفيض أي مشهور بين الناس [٤].

والشهادة في هذا النوع لاتنصب على الواقعة المراد أثباتها بالذات ، وأنما على الرأي الشائع لدى الناس حول هذه الواقعة ، أي الشاهد لايؤدي عن شخص معين ولا عن واقعة بالذات بل يشهد بما تتسامعة الناس وما يشاع بينهم حول تلك الواقعة .

والجدير بالذكر أن هذا النوع من الشهادة لايمكن التحري عنها ولا يحمل صاحبها مسؤولية شخصية عما يشهد [٥]. وقد اجمع الفقهاء المسلمين على صحة الشهادة بالتسامع في الأمور التي لا تتيسر

١- أنظر: الاية (٨١) من سورة يوسف .

٢- أنظر: ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور ، مصدر سابق ، ص ٥٣١. وكذلك أنظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مصدر سابق ، ص ٣٢٤.

٣- أنظر: محمد جواد مغنية ، فقه الإمام الصادق ، مصدر سابق ، ص ١٥٣.

٤- أنظر: الموسوعة الفقهيه الكويتية، مصدر سابق ، ص٢٧٨.

٥- أنظر: محمد حسين النجفي ، مصدر سابق ، ص١٣٣.

معاينتها ، أو سماع الأقوال فيها لكل أحد من الناس ، ورفعاً للحرج عن الناس فيما يصعب مشاهدته ، فأذا لم تجز الشهاده في هذا النوع لادى ذلك إلى حرج شديد وإلى تعطيل الأحكام المترتبة كالإرث وحرمة الزواج ولأنها أمور مؤبده فأذا طالت عسر أثبات أبتدائها وهذا أجاز أثباتها بالتسامع [١].

والشهادة بالتسامع غير مقبوله في قوانين الإثبات والتشريعات المدنية الحديثة ،فنجد أن القانون المصري كان بصورة عامة لا يقبل الشهادة بالتسامع في المسائل المدنية ، أما في المسائل التجارية والأحوال التي تقبل الإثبات بالبينة أو بالقرائن فتقبل الشهادة بالتسامع على سبيل الإستئناس على اعتبار أنها مجرد قرينة لا يؤخذ بها الأ بالحيطة والحذر[٢]،وبالرغم من عَدم إيراد القانون المصري نص قانوني يجيز سماع هذه الشهادة الأ أن القاضي بأمكانه الرجوع إلى العرف والأخذ بها [٣]. وأن العرف قد جرى بالسماح بشهادة التسامع في بعض الإحوال طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية[٤].

أما القانون العراقي فقد ذهبت محكمة التمييز في أحد قراراتها (..وحيث أن الزوجيه والدخول والنسب لا تعلم الأ بالخبر ولا يشترط في الشهاده فيها المعاينه شرعاً ، لــذا فأن الشهادات المذكوره تعد بينه معتبره شرعا في ثبوت زوجية المميز عليها من المتوفى المذكور دخوله بها وبنوة الصغير منه ..) فهذه الشهادات في القرار أعلاه تعد من حالات الشهادات بالتسامع ، فضلاً عن أن محكمة التمييز لم تجيز الإخذ بالشهادة بالتسامع في أمور لاتتعلق بالأحوال الشخصية [٥].

ثانيا :- الشهادة السماعية

ويقصد بهذا النوع من الشهادة هو أن يشهد الشاهد بما يشهد به غيره ، فقد يعجز الشاهد عن الأدلاء بشهادته في مجلس القضاء لعارض معين كالمرض أو السفر ، فتنتقل الشهادة بوساطة شهادة اخرى ، فتسمى الشهادة المنقوله بالأصل والناقلة بالفرع ، كأن يقول الأصل للفرع أنا شاهد بأن فلان أبن فلان وأشهدك على شهادتي أو أشهد على شهادتي [٦].

فيشهد الشاهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رأها بعينه أو سمعها ، والشهادة السماعية جائزة إذ تجوز الشهادة الإصلية ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الإصلية ، ولكن

١- أنظر: د.احمد فراج حسين ، مصدر سابق، ص١٧٥.

٢- أنظر: د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق ،ص٣١٥..

٣- تنص الفقره (٢) من المادة (١) من القانون المدني المصري (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقة حكم القاضي بمقتضى العرف فأذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فأذا لم يوجد فبمبادئ القانون وقواعد العداله).

٤- د. اياد ملوكي ، قبول الشهادة كقرينة قضائية في الدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، العدد ٢١ ، السنه ٢٠٠٦،ص١٠٥.

٥- قرار رقم ٥١١١٤ في ١٩٨٩/١٢/١٩ ، اشار الية: د. محمد علي الصوري ، التعليق على مواد قانون الإثبات ،ج٢،مطبعة شفيق ، بغداد ، بلا سنة ،ص ١٨٣.

٦- أنظر: محمد جواد مغنية ، اصول الإثبات في الفقه الجعفري ، مصدر سابق ، ص٨١.

الغالب أن تكون السماعية دون الإصلية من حيث اقتناع القاضي بها [١]، فوجه الأستحسان في جواز الشهادة على الشاهد خوفاً من عجز الأصل عن أدائها لوفاته أو لوجودة في محل ما ، فعن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام سأل عن الشهادة على شهادة الرجل قال : يجوز ذلك ولو كان خلف سارية اذا كان لا يمكنه أن يقيمها هوه لعلة تمنعه عن أن يحضر ويقيمها فلابأس بأقامة الشهادة على الشهادة ، وعن طلحه بن زيد عن الصادق عن أبيه (عليهم السلام) أنه (كان لايجيز شهادة رجل على رجل الأ رجلين على شهادة رجل) [٢] ، إذ جوزت الشهادة السماعية حتى لايؤدي عدم الأخذ بها إلى ضياع الحقوق [٣].

ولكي تقبل شهادة السماع وخاصة في موضوع اثبات النسب يجب أن تتوافر ألشروط الأتية وهي [٤] :-

١- تعذر شهادة الأصل لغيبة أو حبس أو موت أو خوف من سلطان .

٢- أن يشهد على شهادة كل أصل رجلان حسب ماذهبت أليه الإمامية ،ورجل وامرأتأن على وفق رأي الحنفية ، لأن شهادة كل أصل حق يراد اثباتة امام القاضي ، ولا يثبت ذلك بدون نصاب شهادة كامل.

٣- أن يقول الأصل للفرع اشهدْ على شهادتي لأنه نائب عنه فلابد من الأنابة والأمر بالشهادة على شهادته .

٤- أن تتحقق شروط قبول الشهادة كالعدالة وغيرها في كل واحد من الأصل والفرع لأن الحكم مبني على الشهادتين .

٥- أن يعين شاهدا الفرع شاهدي الإصل ويسميانهما إذ أن الفائدة من هذا الشرط هو لامكان البحث عن عدالتهما وليتمكن المشهود عليه من الطعن بعدالتهما.

ويكون للقاضي السلطة المطلقة في تقدير الشهادة السماعية فله أن يعدها شهادة صحيحة كما له أن يطلب أسنادها بأدله آخرى وله كذلك الحق في ردها وعدم قبولها ، ولعدم وجود نص بشأن الشهادة السماعية سواء بالقانون العراقي أو المصري فهذا لايعني حضر الشهادة السماعيه بل أن موضوع قبولها متروك للقاضي فله أن يأخذ بها أو يردها [٥].

١- أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدرسابق ، ص٣١٣.
٢- أنظر : محمد بن الحسن ، وسائل الشيعة ، ج١٨، مصدر سابق ، ص٢٩٧.
٣- أنظر : علي حيدر ، مصدر سابق ، ص٣٨٦.
٤- أنظر : د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة ، مصدر سابق ، ص١٧٠.
٥- أنظر : حسين المؤمن ، نظرية الإثبات – الشهادة- ج٢ ، مصدر سابق ، ص٢٧.

الفـرع الثـــاني

اثبات الـولادة بالشهـــادة

قد يحصل خلاف بين الزوجين حول حصول الولادة من عدمها وقد يكون ذلك في اثناء قيام الزوجية أو بعد انحلال الرابطة الزوجية ، وهذا ما سندرسه بهذا الفرع.

اولا:- اثبات الولادة اثناء قيام الزوجية

الولادة في هذه الحالة تثبت بالشهادة متى توافرت شروطها ونصابها الأ أن الفقهاء انقسموا في مسألة جنس الشاهد ونصاب الشهادة إلى قسمين .

الإتجاه الأول – اذا كانت متزوجة وكان حملها ظاهراً وكان الزوج قد اعترف به مسبقاً في هذه الحاله يكفي إقرار الزوجه بالبنوة ولا حاجة لشهادة القابلة على حسب رآي أبي حنيفة [١] ، الأ أن أبا يوسف ومحمد من الحنفية اشترطا لذلك شهادة القابلة [٢] ، أما في حالة أذا لَم يكنْ الحمل ظاهراً ولم يعترف الزوج بالولادة مسبقاً فلا بد من شهادة القابلة أو امرآة من أهل العداله [٣]، فهم اعتمدا شهادة النساء فقط في أثناء الواقعة الولادة.

الأتجاه الثاني – وهو ماتبناه فقهاء المذهب الإمامي إذ يرون أذا أدعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج فأنها تثبت بشهادة اربع نساء أو بشهادة رجل وامرأتين فهم لم يجوزوا شهادة المرآة الواحدة ، واشترطوا في الشهادة العدالة والستر والعفاف وطاعة الإزواج وترك التبرج [٤].

الذي يبدو أن الأتجاه الراجح هو ماذهب اليه الحنفية والإكتفاء بشهادة المرآة الواحدة متى توافرت فيها الإمانه والعدالة وهو مانرجحه على أن يعزز بقرينه وهي أما ظهور الحمل أو حصول الولادة في المستشفى أو في المنازل من قبل القابلة [٥].

ثانيا :- اثبات الولادة بعد أنحلال الرابطة الزوجية

تختلف أحكام أثبات الولادة بعد أنحلال الرابطة الزوجية بأختلاف نوع الطلاق ، وحسب الاتي:

١- اذا كان الطلاق رجعياً :- ولم تقر بانقضاء عدتها وادعت المطلقة الولادة بعد مرور أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق واعترف زوجها بالحمل أو كان ظاهراً فيكون لها حكم الزوجة نفسه في حال

١- أنظر: علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، مصدر سابق ، ج٤،ص٢٠٥٣.
٢- أنظر: زين الدين ابن نجم الحنفي ، مصدر سابق ، ج٤،ص١٧٥.
٣- أنظر: برهان الدين ابي الحسن بن ابي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي ، مصدر سابق ، ص٣١٥.
٤- أنظر: ابي القاسم نجم الدين محمد بن الحسن ، شرائع الإسلام ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص ٢٣٧.
٥-انظر :د.ناديا خير الدين عزيز،طرق الاثبات في دعاوى الاحوال الشخصية المتعلقة بالمسائل غير المالية (دراسة مقارنه) ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل،٢٠٠٢،ص١٨٣.

قيام الزوجية اي قبول قولها فقط [١].أما اذا لم يكن الزوج قد اقر بالحمل أو لم يكن الحمل ظاهراً عندها لاتثبت الولادة ولا تصدق المرآة الإبشهادة رجلين أو رجل وامرأتين [٢].

٢- الطلاق البائن والوفاة :- نفرق هنا بين حالتين :-

الأولى - هو اعتراف الزوج بالحمل أو كون الحمل ظاهراً فالولادة هنا تثبت عند ابي حنيفة بمجرد اعتراف الزوجة أما عند ابو يوسف ومحمد فيشترط شهادة امراة من اهل العدالة [٣].

الثانية - اذا أنكر الزوج أو الورثة في حالة و فاته أو لم يكن الحمل ظاهراً فيشترط شهادة امرآة من أهل العدالة وهو ماشترطهُ ابو يوسف ومحمد من الحنفية والشهادة الكاملة عند أبي حنيفة أي شهادة رجلين أو رجل و أمرأتين [٤] وهو ماذهب اليه فقهاء الإمامية ايضا [٥]. ونرى أن التشديد في مسألة الشهادة هنا ووجوبها كاملة فيه صعوبه ومشقة بخاصة وأن هناك أمور لايطلع عليها الرجال ، والشريعة الإسلامية تتصف بالمرونه والسهوله والتخفيف عن الناس قدر الأمكان ، لذلك فأن شهادة امرآة من آهل العدالة كافيه لاثبات الولادة. ونجد في قرار لمحكمة النقض المصريه ينص ((أنه يكتفي لاثبات الولادة من المعتدة من طلاق بائن اذا أنكرها الزوج بشهادة القابلة أو أية امرآة مسلمة عدلة ، والشهادة هنا لا تنصب على ثبوت النسب مادامت اتت المعتده بالولد في مده يحتمل أن يكون مّمن طلقها ، فهي شهادة على مجرد واقعة الولادة ، و ثبوت النسب يجئ تباعاً و يكون استلزام الشهادة الكاملة) [٦]، أي أنه إذا ادعت الزوجة الولادة وجحدها الزوج ، فيجوز للزوجة اثبات الولادة بشهادة امرآة مسلمة حره عدلة واذا أنكر تعين الولد فأنه يثبت تعيينة بشهادة القابلة أو شهادة الطبيب المولد ، أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يتطرق لهذه المسألة في اثبات النسب في قانون الأحوال الشخصية إلا أن هنالك بعض الإشارات البسيطة في القانون المدني العراقي[٧]،إذ نص" تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسميه المعده لذلك فأذا أنعدم هذا الدليل أن تبين عدم صحة مادرج في هذه السجلات فيجوز الإثبات بأي طريقة اخرى" فهذا يدل أن في حالة عدم وجود بيان للولادة أو وجودة مع وجود خلاف فيه فيجوز فيجوز الإثبات بأي طريقة اخرى ، اي أن المشرع قد اقر شهادة النساء على الولادة أو شهادة المرأة الواحدة من أهل العدالة أو القابلة على الولادة استثناءً من الأصل.

١- أنظر: علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، مصدر نفسه ، ص ٢١٧.
٢- أنظر :زين الدين الحنفي ،ج٢، مصدر سابق، ص٢٣٧.وكذلك أنظر: د.محمد يوسف موسى، مصدر سابق ، ص٣٢.
٣- أنظر: برهان الدين ابي الحسن بن ابي بكر المرغيناني ، مصدر سابق ، ص٣٢١.
٤- أنظر: زين الدين ابن نجم الحنفي ، ج٢ ، المصدر نفسة، ص٢٣٧
٥- أنظر: محمد بن الحسن ، مصدر سابق ، ص١٧٧.
٦- أنظر: طعن رقم ٤٤ احوال شخصية في ١/٧ /١٩٨٦ اشار اليه معوض عبد التواب ، مصدر سابق، ص ١١٣.
٧- أنظر: نص المادة (٣٥) من القانون المدني العراقي.

الفصل الثاني

اثبات النسب بالطرق الحديثة

ادّى التطور الهائل بوسائل الأثبات دوراً في تراجع الطرق التقليدية عن مكانتها بالأثبات إذ اصبحت التقنيات الحديثة هي المتداولة بالكشف عن غموض الجرائم والحوادث بأنواعها فضلاً عن فعالية هذه الطرق بتحديد هوية ضحايا العمليات الارهابية بالذات في حالات التشوه الشديد.

فالبصمة الوراثية ، تعد هي الإكتشاف الإهم الذي وجد على يد عالم الوراثة الأنكليزي (Alice Jeffrey) مكتشف البصمة الوراثية عام ١٩٨٤ إذ اضحى هذا الأكتشاف من أهم الوسائل المستخدمة في الكشف عن الهوية وتحقيق الذاتية الشخصية بالأعتماد على الحامض النووي (D.N.A) فوجد هذا العالم أن الناس يختلف بعضهم عن الآخر وهذا الأختلاف لايمكن أن يتشابه به اثنان ألا في حالة التوائم المتماثلة فقط [١].وتعد البصمة الوراثية حدثاً واكتشافاً جديداً لم يكن معمولاً بها من قبل ، وقد نال هذا الأكتشاف رضا وقبول الإشخاص عامة رغبة منهم في أظهار الحق والوقوف على الخيانات الزوجية في اثبات النسب. واطمئنان الاشخاص بالحقيقة العلمية التي توفرها البصمة الوراثية وعدم وجود من يهاجم أو يمنع هذا الإكتشاف العلمي هو وفرة التقنيات الحديثة المعقدة والمتنوعة في الأسواق التي يستطيع أي أحد أقتنائها وبالتالي لم يعد أي أختراع يظهر من العجائب، فضلاً عن دقة نتائج البصمة الوراثية، فالشواهد العلمية الحديثة تشير إلى أن المجتمع الإنساني شهد إلى جانب العولمة وعصر المعلوماتية ثورة بيولوجية أحدثت تغيرات جذرية وخطيرة في العالم أنعكست آثارها على كافة نواحي الحياة.فالهندسة الوراثية تعد جزء من الثورة البيولوجية الحديثة ومن أهم تطبيقاتها البصمة الوراثية التي غيرت أساليب الإثبات القضائي بالدول المختلفة بأعتبارها تقنية حديثة للكشف عن تحديد هوية الإشخاص ومدى أنتسابهم لابائهم أضافة إلى المجالات الآخرى كحالات أنكار الشخص لأبوة لطفل نتيجة أغتصاب أو الزنا،أو أدعاء أمرآه أن طفلاً لها يخص شخصا معيناً لاجباره على الزواج منها أو طمعاً في ميراث ،أضافة لقضايا تبادل المواليد بالمستشفيات عن طريق العمد أو الخطأ [٢].وعليه قسمنا الفصل الثاني إلى ثلاثة مباحث المبحث الأول خصصناه لبيان ماهية البصمة الوراثية ، أما المبحث الثاني تناولنا فيه البصمة الوراثية في ميزان الفقه الإسلامي ، والمبحث الثالث عالج البصمة الوراثية في ميزان القانون.

١- أنظر د. عبد الباسط محمد الجمل و مروأن عادل عبده ، موسوعة تكنولوجيا الحامض النووي (بصمة الحامض النووي المفهوم والتطبيق) ، ط١،ج ١، دار الفكر العربي ، مصر ،٢٠٠٦ ، ص ١٦٩.

٢- أنظر د. حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات ، ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٨.

المبحث الإول
مـــــاهية البصمـــة الوراثيـــــة

إن أستخدام البصمة الوراثية في موضوع اثبات النسب مبني على اسس علمية وهي أن العوامل الوراثية بالطفل الأبن يكون أصلها من أبويه لأنه يأخذ نصفها من الأب عن طريق الحيوان المنوي والنصف الآخر من الأم عن طريق البويضة ، لذا فالبصمة الوراثية هي الطريقة الوحيدة التي تؤكد بدقه متناهية نسب الولد لأبيه ويكون من خلال تحديد البصمة الوراثية للطفل ومقارنتها مع كلاً من الأب والأم ، ولغرض الأحاطة بأهمية البصمة الوراثية لابد من تعريفها وبيان خصائصها وكيفية أستخدامها وحسب المطالب الأتية.

المطلب الأول
تعريف البصمة الوراثية

وردت للبصمة الوراثية تعاريف متعددة لغوية منها وأصطلاحية وسنحاول التعرض لها في هذا المطلب من خلال تقسيمة الى فرعين وكما يلي :-

الفرع الإول
التعريف اللغوي للبصمة الوراثية

إن المعنى اللغوي للبصمة الوراثية باللغة الأنكليزية هو (Deoxyribo Nucleic Acid) وهو أختصار للـ (D.N.A) وهو الحامض النووي الريبي منقوص الأوكسجين[١]، والبصمة الوراثية هي عبارة عن مركب وصفي من كلمتين (البصمة و الوراثية) وكلمة البصمة تعني العلامة ، يقال بصم النحاس بصما أي رسم عليه [٢] ، وأن لفظ البصمة تعني أثر الختم في الأصبع فيقال بصم فلان بصماً أي ختم بطرف اصبعه [٣]. ولكلمة بصم بضم الباء وسكون الصاد معنيان . المعنى الأول الغليظ والكثيف فيقال رجل ذو بصم اذا كان غليظاً ، وثوب له بصم اي كثيف كثير الغزل [٤]، والمعنى الثاني لبصم بضم الباء وسكون الصاد هو الفوت بين طرف الخنصر لطرف البنصر فيقال مافارقتك شبراً ولا فتراً ولا عتياً ورتباً وبصماً [٥].

١- أنظر : د. احمد شفيق الحطيب ، معجم المصطلحات العلمية والفنية والهندسية الجديد ، ط١، مكتبة لبنان، بيروت ، ٢٠٠٠،ص٢٠٥.

٢- أنظر:المنجد في اللغة والإعلام،اعداد مجموعة من اهل اللغة والباحثين،ط٣،دار المشرق،بيروت،١٩٩٢، ص٤٠.

٣- أنظر : ابراهيم مصطفى واخرون ، المعجم الوسيط ، ط٣، دار التحرير ، القاهرة ، ١٩٨٥ ،ص٦٠.

٤- أنظر : ابي بكر محمد الحسن الإزدي ، جمهرة اللغه، ط١،ج١، دار العلم للملايين ،بيروت، ١٩٨٧ ، ص٢٩٩.

٥- المقصود بـ(شبرا المسافة بين الإبهام والخنصر أما فترا هو مابين السبابه والإبهام أما ولا عتيا ولارتبا هو هو مابين الوسط والسبابة وبصما هو الفوت مابين كل اصبعين طولا).أنظر : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الشيرازي ، مصدر سابق ، ص٩٧٤.

الذي يتضح من هذه التعاريف أن لفظة البصمة ينصرف مدلولها اللغوي إلى بصمات الأصابع فهي الآثر التي يتركها الأصبع عند ملامسته الأشياء التي تتكون من أشكال الخطوط المغطاة لبشرة أطراف الأصابع ولاتوجد بصمة تشبة الآخرى حتى في أصابع الشخص الواحد .أما الوراثية فهي صفة مشتقة من الوراثه ومعناها الأنتقال [١] ، يقال ورث فلان أباه يرثه وراثه وميراثاً ، أي صار اليه بعد موت مورثه ، قال تعالى على لسان زكريا عليه السلام " وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آَلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا "[٢] ، اي ينتقل اليه ميراثي بعدي ، وقوله تعالى " وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ "[٣] .والوارث ، هي صفه من صفات الله تعالى ، فهو الدائم الباقي وارث الخلائق والباقي بعد فناء كل شيء ، قال تعالى (رَبِّ لا تَذَرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ)[٤] ، أي هو الباقي بعد فناء كل شي.وخلاصة لما سبق يتبين أن البصمة الوراثية بمعناها اللغوي يراد بها الآثر أو الصفات التي تنتقل من الأصول للفروع.

الفرع الثاني

التعريف الأصطلاحي للبصمه الوراثية

بالنسبة للتعريف الإصطلاحي للبصمة الوراثية سنتناول به تعريف البصمة الوراثية من الناحية الفقهية والعلمية والقانونية وكما سيأتي :-

اولا – التعريف الفقهي للبصمة الوراثية

لم يتطرق فقهاء الشريعة الأوائل لمصطلح البصمة الوراثية نظراً لحداثة هذا المصطلح الذي يعد من التقنيات الحديثة ، الأ أن ذلك لايمنع من وضع تعريف فقهي بعد التعرف على حقيقة البصمة من الناحية العلمية ، بخاصةٍ وأن الفقه الأسلامي يتعامل مع الواقع في ضوء القواعد والأدلة الشرعية [٥].
فقـــد عرفها المجمع الفقهي الأسلامي لرابطة العالم الأسلامي، بأنها البنية التي تدل على هويه كل أنسان بعينة فهي وسيلة تمتاز بالدقه لتسهيل مهمة الطب الشرعي التي يمكن أخذها من أي خليه بشرية كالدم أو اللعاب أو المني أو جذور الشعر أو العظم أو السائل الأمينوسي للجنيـــــن أو خلية البيضة المخصبة أو أي خلية من الجسم [٦] .

١- أنظر : جمال الدين ابن منظور ابن منظور ، مصدر سابق ، ص١٩٩.
٢- أنظر : الإيه (٥-٦) من سورة مريم .
٣- أنظر : الاية (١٦) من سورة النحل.
٤- أنظر : الإيه (٨٩) من سورة الإنبياء .
٥- أنظر : د. سعد الدين مسعد هلالي ، مصدر سابق ، ص٢٦.
٦- الدورة السادسة عشر المنعقدة بمكة الكرمة للمدة من ٢١-١٤٢٢/٢٦هـ / ٢٠٠٢/١/١٠.موجود على شبكة الإنترنت على الرابط www.islamtoday.net

كما عرفتها المنظمة الأسلامية للعلوم الطبيعية بأنها البنية الجينية نسبة إلى الجينات أو المورثات التي تدل علـــى هويه كـل فرد بعينه [١].

وعرفت كذلك بأنها تعيين هوية الأنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الـ D.N.A المتركز في نواة أي خليه من خلايا جسم الأنسان ، ويظهر التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة فيها تدرج على شكل خطوط عريضة متسلسلة على وفق التسلسل للقواعد الأمينية على حمض (DNA) إذ تمثل هذه السلسلتان الصفات الوراثية من الأب صاحب الماء والسلسلة الآخرى الصفات الوراثيه من الأم صاحبة البويضة [٢].

أما بالنسبة للجانب القانوني فقد عالج المشرع موضوع البصمة الوراثية في تشريعاته ، واقر العمل بها في المحاكم القضائية كدليل اثبات ونفي في المجالات المدنية والجنائية [٣].

أما المشرع العراقي فلم يتطرق إلى تعريف قانوني للبصمة الوراثية ، تاركاً الأمر على عاتق الفقه القانوني، فنجد أن هناك من عرفها بأنها تتابع القواعد النيتروجينية بتسلسل معين وهذا التسلسل يعطي الآمـــــر للجين بتكوين بروتينات معينة تعطي الآمر بأظهار صفة أو وظيفة معينة [٤].وعرفت كذلك بأنها الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع التي من شأنها تحديد شخصية الفرد عن طريق تحليل جزء من الحمض النووي (D.N.A) الذي تحتوي عليه خلايا جسده [٥] ، في حين عرفها اخرون بأنها المادة الوراثية الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية [٦] ، واخيراً عرفت بأنها الهوية الوراثية الأصلية لكل أنسان والتي تتعين بطريق التحليل الوراثي وتسمح بالتعرف على الأفراد بتعيين شبه تام [٧]. الأ أنه مايؤخذ على هذه التعاريف أتصافها بالعموم وعدم الدقة في تحديد مفهوم البصمة الوراثية فضلاً عن أنه قد خلط بين البصمة الوراثية والحمض النووي ، فالحمض النووي هو الحامل للمادة الوراثية والجينات في الكائنات الحية وليس البصمة ، كذلك أنه لم

١- أنظر : ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لاثبات البنوه ، عقدت في الكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبيعية ، والنص الكامل لوقائع هذه الندوه متاح على شبكة الأنترنت على العنوان http//www.islamset .com/arrabic/abicethics.

٢- أنظر: د.عبد الرشيد محمد ، البصمة الوراثيه وحجيتها،بحث منشور بمجلة العدل،عدد ٢٣،السعودية،٢٠٠٥، ص١٢.

٣- أنظر : الفقره ٢٨ من المادة (٢٢٦) من قانون العقوبات الفرنسي المعدل لعام ١٩٩٢ ، وكذلك أنظر : المادة الإولى من قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٨.

٤- أنظر : د. عبد الهادي مصباح ،العلاج الجيني واستنساخ الإعضاء البشرية ،ط١،الدار المصرية ،١٩٩٩،ص٨٠.

٥- أنظر : د.ابو الوفا محمد ابو الوفا ،مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي،بحث مقدم في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ،المجلد الثأني، الإمارات ،٢٠٠٢م ،ص٦٨٥

٦- أنظر : عبد الباسط محمد الجمل ،مصدر سابق ،ص٢٢.

٧- أنظر : د. اياد مطشر صيهود ، الإلتزام بسرية تقرير البصمة الوراثية ، مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين ، عدد ٢، ٢٠٠٢،ص٧٨.

يبين الدور الذي تقوم به البصمة الوراثية في التمييز بين الأفراد والتعرف على هوياتهم عن طريق أجراء تحليل لجزء من الحمض النووي[١] ، ومن خلال ماتقدم نجد أن التعريف المناسب للبصمة الوراثية بأنها التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية [٢]. لما فيه من الدقة في تحديد معنى البصمة الوراثية من خلال فحص الحمض النووي الذي يميز الأفراد عن بعضهم البعض في الكشف عنهم والتعرف على هوياتهم.

ثانيا – التعريف العلمي للبصمة الوراثية

أول من اطلق مصطلح البصمة الوراثية للأنسان هو الدكتور (Alice Jeffrey) عام ١٩٨٤ وقد عرفها بأنها أحدى وسائل التعرف على الأشخاص بطريقة مقارنه تركيب ألـ (D.N.A) [٣] ، وعرفها البعض على أنها الإنماط الوراثية المتكونة من التتابعات المتكررة خلال الحمض النووي (D.N.A) مجهولة الأداء وهذه التتابعات تعد نادرة لكل شخص وتتماثل فقط بالتوائم الممتطابقه ، فهي عباره عن بصمة جينيه لا تتكرر من أنسان لآخر بنفس التماثل وتحمل كل ماسيكون عليه الإنسان من أمراض وصفات وعمر وشيخوخة منذ التقاء الحيوان المنوي بالبويضه وحدوث الحمل [٤]،في حين عرفها اخرون بأنها عباره عن عملية عزل للحامض النووي عن مصادرة الحيوية بوساطة أنزيمات خاصة تعمل على تقسيم الحامض النووي إذ يكون له تسلسل معين [٥]،أن عملية العزل للحامض يكون على مراحل يبدأ بتفكيك الحامض عن طريق الأستخدام الأنزيمي لمادة جدار الخلية وتعقب عملية التفكيك أزالة البروتين بأستخدام الفينول كلورفوم[٦]. ومن خلال ماتقدم يمكن نستنتج بأن البصمة الوراثية هي أن ينفرد الأنسان بخريطة خاصة لايشاركة بها غيره إذ يحمل صفاتها مناصفة من أبوية .

١- أنظر : د. رمسيس بهنام ، البوليس العلمي أو فن التحقيق ، دار المعارف،الإسكندرية ،١٩٩٦،ص١٥٠.

٢- أنظر: د.خليفة علي ،البصمة الوراثية واثرها على الإحكام الفقهية، ط١،دار النفائس، الإردن ،٢٠٠٦،ص٤٥.

٣- أنظر : د.عارف سرحان علي ، البصمة الوراثية تكشف المستور ، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع http//www.khavma.com/madina/mz-files/stamnsz.htm.

٤- أنظر : د. عطا عبد العاطي، بنوك النطف والإجنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠١،ص٢٩٠.

٥- أنظر : د. جميل عبد الباقي ، ادلة الإثبات والتكنلوجيا الحديثه (اجهزة الرادار- الحاسبات الإليه – البصمة الوراثية) ، دار النهضة العربية ، مصر، ٢٠٠٠،ص٥٩.

٦- أنظر : د. بسموندا اسس تي نيكول ، مقدمة في علم الهندسة الوراثية ، ترجمه ماهر بسيوني حسين ، دار النشر العلمي والمطابع ، الرياض ، ٢٠٠٠ ، ص٣١.

المطلب الثاني

مضمـون البصمـــــة الوراثيـــــة

إن البصمـــــة الوراثيـة هـــي العلم الذي يبحث انتقال الصفات مـــــن جيل إلى آخـــــر، ولكن السؤال الذي يعرض ما تركيب الـ D.N.A ؟ وهل هناك خصائص تتميز بها البصمة الوراثية ؟ وما اختلافها عن غيرها من بصمات الجسم؟ سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال الفرع الاول تركيب البصمة الوراثية ، والفرع الثاني خصائص البصمة الوراثية والفرع الثالث تمييز البصمة الوراثية عن غيرها وحسب الآتي :-

الفرع الأول

تركيب البصمة الوراثية (D.N.A)

يتألف جسم الأنسان البالغ من خمسين الف بليون خلية تقريبا ، والخلية هي أصغر وحدات الحياة إذ يبلغ قطرها ١٠/١ من قطر الشعرة [١] ، وأن ما تمتاز به خلايا الجسم تنظيمها الكيميائي الفيزيائي المعقد وتعمل بنظام منسق لجعلها قادره على القيام بنشاطاتها الحيوية المتنوعة ، إذ تتكون الخلية من ذرات عناصر الأوكسجين والكاربون والهيدروجين والحديد لتتحدد مع بعضها لتكون جزيئات صغيره كالسكريات والإحماض الأمينية وهذه الجزيئات تتحد ايضاً مع بعضها لتكون جزيئات كبيره كالبروتينات وتتحدد الجزيئات الكبيرة لتكون لنا النواة [٢] ، فالخلية تتكون من النواة التي تأخذ شكلاً بيضوياً والتي تعتبر مركز نظام الخلية وتكمن في هذه النواة كافة الشفرات الوراثية في تراكيب مادية هي الكروموسومات [٣]، ويبلغ طول الكروموسومات في الأنسان مابين ٤-٦ مايكرميترات ، ويتركب من سلسلة طويلة من المـــــادة الوراثية الـ (D.N.A)، وتختلف اعـــــداد الكروموسومات بحسب الكائنات الحية ، الأ أن خلايا النوع الواحد من الكائنات الحية تحتوي على عدد ثابت من الكروموسومات ، فنجد أن العدد الفعلي في نواة خلايا جسم الأنسان هو (٤٦) كروموسوما ، إذ يرمز للكروموسومات الجنسية للذكر بالحرفين (XY) أما الأنثى فيرمز لها بالحرفين (XX) فيبدأ خلق الأنسان بحيوان منوي من الأب يحمل (٢٣) كروسوما(٢٢ فردي +X أو ٢٢ فردي +Y) وبويضة من الأم تحمل (٢٣) كروسوما(٢٢ فردي+X) وبعد تلقيح البويضة من قبل الحيوان المنوي يصبحان

١- أنظر: د. هاني رزق، بيلوجيا الإستنساخ جدل العلم والدين والإخلاق، دار الفكر،دمشق ،٢٠٠٠م،ص٤٩.
٢- أنظر : د. مكرم ضياء شكاره، علم الخلية ، ط٥، دار المسيرة للنشر، عمأن ، ٢٠١٢م ، ص٨٧.
٣- أنظر : د. موسى الخلف ، العصر الجينومي ، مطابع السياسية ، الكويت ، ٢٠٠٣ ، ص٤٢.

خلية واحدة ، تحتوي هذه الخلية نصف الصفات الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم [١] . أما تركيب الـ (D.A.N) فهو ذو طبيعة تسمح له بحمل الصفات الوراثية ومضاعفة نفسه فهو عباره عن نيوكليوتيد (Nucleotide) ، الذي يتكون من سكر خماسي الدزوكسي ريبوز (Deoxyribose) والفوسفات (Phosphate) وقاعدة نتروجينيه (Nitrogenbase) ،والنيوكليوتيدات ترتبط بعضها بواسطة روابط تساهمية لتكوين عمود فقري من تعاقب السكر والفوسفات ، يلتف DNA حول نفسه بصورة لولبية وهو مايعرف باسم الالتفاف المفرط Doubl وأن كل جين من الجينات الوراثية له تسلسل خاص للقلويات فيه ويستعمل العلماء هذا التسلسل لتحديد موقع الجينات في الكروموسوم لبناء الخريطة الجينية البشرية[٢].

الفرع الثاني

خصائص البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية تنفرد بجملة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الأدلة العلمية وهو ما أكدته البحوث البيولوجية وهذا ما سنتطرق اليه بالنقاط الأتية :

اولا – اختلاف البصمة الوراثية من شخص لآخر :- أكدت الأبحاث العلمية أن من المستحيل أن تتطابق البصمة الوراثية عند شخصين الا استثناءً في حالة التوائم المتطابقة أي التي تكون أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد ، رغم أنهم يختلفون في بصمات الأصابع ، فهي تعد دليل اثبات ونفي قاطع ، أذا ماتم تحليل الحمض بطريقة سليمة فاحتمال التشابه بين البشر غير وارد ، فهي بصمة الحياة ولغزة في نفس الوقت[٣] .

ثانيا – وجود البصمة الوراثية بكل خلايا جسم الأنسان :- أن البصمة الوراثية توجد في خلايا جسم الأنسان جميعها ماعدا كريات الدم الحمراء ، كما أن البصمة الوراثية للشخص متطابقة في جميع خلايا جسمه ولا تتغير أو تتبدل بمرور الوقت حتى في حالة اختلاط المواد البيولوجية لأكثر من شخص وإمكانية تحديد صاحب كل بصمة على حدة وهو ما أعطاه أهمية خاصة في قضايا الاغتصاب ، فالبصمة توجد في جميع خلايا الجسم منذ لحظة الإخصاب الأولى وتبقى ثابتة من غير تغيير طول حياة الشخص بل وحتى بعد مماته لمئات السنين[٤].

١-أنظر : د. خالص جلبي ، مصدر سابق ، ص٢٦ . كذلك أنظر : تاج الدين محمد الجاعوني ، الأنسان اطوار خلقهِ وتصويرهِ في الطب والقرآن، ج١ ، دار عمار، عمأن ، ١٩٩٣ ، ص٥٨.

٢- أنظر : د.مكرم ضياء شكاره ، مصدر سابق ، ص١٨.

٣- أنظر : د. حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٩٥.

٤- أنظر : د.تاج الدين محمد الجاعوني ، مصدر سابق ، ص٥٨. كذلك أنظر : د. لمياء عوض فتحي، البصمة الوراثية للحامض النووي بحث مقدم إلى المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٣.

ثالثا – تعدد وتنوع مصادر البصمة الوراثية :- هذه الخاصية يجعل إمكانية عمل البصمة الوراثية من أي مخلفات أدمية سائلة كانت ام أنسجة[١]،فتظهر البصمة الوراثية على شكل خطوط عريضة مما يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها على جهاز الكومبيوتر لحين طلب المقارنة[٢]ومما تجدر الإشارة إلى أن العديد من الدول المتقدمة قامت بأنشاء بنوك لقواعد معلومات تستند على الحامض النووي للتعرف على مواطنيها وهذا يساعد في تحقيق الأمن وتوفير السلامة في المجتمعات الإنسانية[٣].

رابعا – مقاومة البصمة الوراثية للعوامل المناخية :- تقاوم البصمة الوراثية عوامل الحرارة والبرودة والرطوبة لمدد طويلة ، إذ أنه من الممكن الحصول على البصمة الوراثية حتى من الآثار القديمة ، فعن طريق البصمة الوراثية تم التعرف على قيصر روسيا وأفراد أسرته بعد مئات (السنين) من موته باستخدام الحامض النووي الـ (D.N.A) ، كما قام احد الباحثين من جامعة (VPPSALA) بالسويد بأخذ البصمة الوراثية لمومياء فرعونية إذ وجد أنها تخص سيدة ماتت منذ الفي عام [٤]، وعن طريق البصمة الوراثية تم التعرف في عام ٢٠٠٠ على رفات ٢٥ جثة مصرية انتشلت من قاع المحيط على أثر مأساة الطائرة المصرية المنكوبة (بوينج) ٧٠٧ [٥].

الفرع الثالث

تميز البصمة الوراثية عن البصمات الجسدية

تعد البصمة أداة من أدوات الإثبات على درجة عالية من الأهمية بنظر القضاء في مجال التعرف على هوية الشخص لما تتميز به من الثبات وعدم أمكانية تبديلها أو تغييرها أو حتى تقليدها [٦]، فالبصمة تكشف عن الإسرار التي يتضمنها الأنسان وتعلن عن خصوصيته، وهي تمثل أحد أدلة الخالق وقدرته – سبحانه وتعالى - ، وأن البصمات على أنواعها سواء أكانت بصمات

١- أنظر : د. بدر خالد الخليفة ، توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، ط١،دار الرسالة، الكويت، ١٩٩٦ ، ص٧٥.
٢- تأخر اعلان القبض على صدام حسين إلى حين التأكد من مطابقة الـ(D.N.A) الذي اخذ منه مع الـ(D.N.A) المأخوذ منه سابقا من قبل الأمريكان عندما كانوا في العراق كحلفاء وقد تم اخذ هذه الشفرة كما قيلت على السنة معامل المخابرات الأمريكية (c.i.a) من خلال الأكواب التي كأن يشرب بها وفرشاة الإسنان واعقاب السكائر فمن خلال اللعاب العالق به يمكن الكشف عن هذه الشفرة .أنظر : خالد منتصر ، حكاية الـ (DNA) من ملابس مونيكا إلى شعر صدام مقال لخالد منتصر منشور على شبكة الإنترنت على الموقع www.bluwe.com/bluwe/showtherad.
٣- أنظر : د. حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص١٠٤.
٤- أنظر : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، الحماية القانونية للجين البشري (الاستنساخ وتداعياته) دراسة مقارنه ، ط٢،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٢٢٣.
٥- أنظر : محمد صقر ، البصمة الوراثية تكشف المستور ، مقال على شبكة الإنترنت على الموقع www.sakarjanob.com.
٦- أنظر : د. رمسيس بهنام ، مصدر سابق ، ص ١٥.

الأصابع أو الأذن أو اللعاب أو العين تسجل أوجه اختلاف فيما بينها سواء كان هذا الاختلاف في الوظيفة أو الطبيعة أو الثبات وحسب التفصيل الآتي :-

اولا – تمايز البصمة الوراثية عن بصمة الأصابع

تعرف بصمة الأصابع بأنها الخطوط البشرية الطبيعية البارزة التي تحاذيها خطوط منخفضة آخرى متخذه أشكالاً مختلفة على باطن وجلد أصابع اليدين وعلى باطن واصابع القدمين [١]، إذ استخدمت بصمات الأصابع في مجال الإثبات بمطلع القرن العَشرين كونها حقيقة ثابتة لايمكن التشكيك في حجيتها في معرفة الشخص وحتى وقت قريب كأنت تمثل العمود الفقري في التحقق من هوية الإفراد فهي لا تتشابه اطلاقا حتى في اصابع الشخص الواحد [٢] ، الأ أن في ثمانينات القرن العشرين اكتشف العالم (Alice Jeffrey) البصمة الوراثية التي تشابه بصمة الأصابع من ناحية عدم تطابق بصمتين لشخص لأن الحامض النووي الذي يشمل الكروموسومات الموجودة في نواة الخلية كلها تشكل نظاماً وهذا النظام هو الذي يحدد خصائص كل فرد لأنه يتغاير من فرد لآخر ، كذلك الحال لبصمة الأصبع التي لا تتطابق حتى مع الشخص الواحد [٣] . كما أن كليهما لا يتم اجراؤهما الا بأذن من المحكمة [٤] فهي التي تأمر بأجراء تحليل البصمة أو بأجراء المضاهاة لبصمة الأصابع [٥]. بيد أن هذا التشابه بين كلا البصمتين الا أن هناك اختلاف جوهري بينهما يشمل أن البصمة الوراثية موجودة بكل خلية لخلايا جسم الأنسان في حين بصمة الأصابع لا توجد الا في رؤوس الأصابع مما قد يسهل على بعضهم ازالتها بأجراء عمليات جراحية أو حرقها ، بالإضافة إلى ذلك أن البصمة الوراثية لا يتوقف دورها على معرفة الإحياء فقط بل تتعدى إلى معرفة الموتى الذين دفنوا قبل مئات السنين بينما لا تستطيع بصمة الأصابع ذلك ، لفناء الخلايا الحيوية لأجسادهم [١] ، لأن البصمة الوراثية تقاوم العوامل المناخية بخلاف بصمات الأصابع ، كذلك أن البصمة الوراثية يمكن حفظها وتخزينها في

١- أنظر : د.عمر منصور العاطية ، الأدلة الجنائية ، ط١،دار الثقافة للنشر، عمان ،٢٠٠٧،ص٧١.
٢- أنظر : د.عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية ، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الدورة ١٦، مكة المكرمة للفترة من ٢١-١٠/٢٦ /١٤٢٢هـ - ومن ٥-٢٠٠٢/١/١٠م ، ص٥.
٣- أنظر : د.اسامة محمد الصغير ، البصمات ووسائل حفظها وحجيتها في الإثبات ، دار الفكر ، المنصورة ، القاهرة ، بلا سنة ، ص٢١.
٤- أنظر : د. حسين علي شحرور ، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، دار المعارف، الكويت ،١٩٩٥،ص٦٢٦.
٥- أنظر : المواد ٤٠ ، ٤٣ ،٤٤ ،٤٦، من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٦- أنظر : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، مصدر سابق ،ص١٥١.

جهاز الكمبيوتر لحين أجراء المقارنة اللازمة ، أما بصمة الأصبع فلا يمكن خزنها وحفظها في جهاز الكمبيوتر ومن خصائصها ايضاً يمكن معرفة الجنس من خلال العينات ، أتعود العينة لرجل أم لأنثى[١] والتمايز الآخر أن البصمة الوراثية تأخذ من اي عينة مهما صغر حجمها ، إذ تستخدم المجسمات المشعة وغير المشعة لمضاعفة كمية الحامض النووي في العينة المستخلصة ، وتعرف هذه الطريقة بـ (PCR) التي تستعمل بحالة إذا كأنت العينات صغيرة الحجم ، بينما يتطلب اجراء المضاهاة لبصمة الأصبع وجود اثني عشر نقطة مميزة تتفق مع البصمة موضوع المقارنة [٢] علاوة على أن الاختلاف الجوهري بين البصمتين والذي يتعلق بموضوع الدراسة هو أن البصمة الوراثية تستخدم في اثبات النسب أو نفية بينما لا نستطيع أثبات ذلك من خلال بصمات الأصابع [٣].

ثانيا – تمايز البصمة الوراثية عن بصمة الإذن

يقصد ببصمة الإذن هي العلامات الظاهرة والنقط المميزة في الإذن التي لا تتكرر في الأشخاص[٤] ، يعد العالم الفرنسي (Bertillon) من أوائل الذين توصلوا إلى كون الإذن وسيلة مؤكدة من وسائل التعرف على الشخصية ، الا أنه لم يضع نظاماً متكاملاً يشرح فيه كيفية تصنيف الإذن البشرية ، وبحلول عام ١٩٤٩م قام الأمريكي (الفريد فكتور) بوضع ذلك النظام وبسطه في كتابه الذي اسماه (تحقيق الشخصية) في مجال التعرف على الإفراد [٥] ، وتتم عملية المضاهاة في بصمات الإذن بعد تحديد صورتها ورسم الخطوط إذ يتم لصقها على نموذج الاستعراف الذي يبين اوصاف الإذن من حيث الشكل والعلامات المميزة [٦]. فالإنسان يولد وينمو وكل ما فيه يتغير الا بصمة أذنه فلا تتغير منذ الولادة وحتى الوفاة ، واذا كانت لهذه البصمة اوجه شبة مع البصمة الوراثية من حيث اختلافها من فرد لآخر، الا أنه لا يمكن اعتبارها دليل في اثبات النسب ، لأن بصمة الإذن يتوقف دورها على استراق السمع وأن وجدت على شرائح الزجاج أو غيرها فيتم جمعها ليتم مقارنتها مع شكل الصوان والثنايا والحواف ، وتختلف كذلك عن البصمة الوراثية في إمكانية تعرضها للتلف والبتر.

١- أنظر : د. عمر منصور المعايطة ، مصدر سابق ، ص ٨١.
٢- أنظر : د. بدر الخليفة ، مصدر سابق ، ص٨٣.
٣- أنظر : د. حسنين المحدي بوادي ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات ، المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥،ص٢٠.
٤- أنظر : د. حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص١٣٥.
٥- أنظر : د. رمسيس بهنام ، مصدر سابق ، ص١٤٠.
٦- أنظر : د. د. عبد الحافظ عبد الهادي ، الإثبات بالقرائن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩١، ص٤٤٦.

ثالثا – تمايز البصمة الوراثية عن بصمة العين

خصائص العين مختلفة فهي لا تتشابه حتى مع العين الأخرى لذات الشخص ، وبصمة العين تعد اكثر دقة من بصمات أصابع اليد [١]، ويتم أخذ بصمة العين من خلال جهاز تم تصميمة لهذا الغرض فيلتقط صورة لشبكية العين ليتم خزنها على جهاز الحاسوب وُيطلق على هذه التقنية "المسح الحدقي" " iris scan " فهي عملية تبين فيها المميزات الخاصة بحدقة كل أنسأن من أجل التعرف على شخصيته ، وتبدأ الخطوات بتصوير العين بالفيديو ، ثم تحويل ما يقرب من ٢٦٦ ميزة خاصة بالحدقة من بقع وهالات ودوائر وتجاويف وغيرها إلى شفرة رقمية بقوة ٥١٢ بايت باستخدام علم اللوغاريتمات[٢]، وهي بذلك تشابه البصمة الوراثية من ناحية إمكانية خزنها، لذلك نجد الدول الكبرى كالمملكة المتحدة قد استخدمت بصمة العين في المجالات العسكرية [٣]. إذ أن التمايز الجوهري بين كلتي البصمتين هو أن البصمة الوراثية لا يمكن أن تستخدم في اثبات النسب أو نفيه .

رابعا – تمايز البصمة الوراثية عن بصمة الصوت

اثبتت الدراسات العلمية أن الأصوات كالبصمات لا تتطابق فكل شخص يولد له صوت فريد يختلف عن الآخر[٤]، قال تعالى " حَتَّىٰ إِذَا أَتَوْا عَلَىٰ وَادِ النَّمْلِ قَالَتْ نَمْلَةٌ يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ "[٥]، وقد استغل البحث الجنائي بصمة الصوت في التعرف على هوية الأشخاص ولو نطق الشخص بكلمة واحدة وذلك بوساطة جهاز يسمى " الإسبكتروغراف " إذ استخدم كوسيلة في العديد من البنوك الأمريكية والأوربية، وذلك بتخصيص لمجموعة من العملاء خزانات بنكية يتم فتحها عن طريق بصمة اصواتهم وهذا ما يكتسب الكلام لدى الأنسان خواص ذاتية تنطوي على مميزات فردية [٦]، وتعرف هذه التقنية بالتعرف على المتكلم، وهو بدلاً من كلمة السر(passé word) إذ يستطيع المتكلم جعل صوته وحده هو الذي يفتح الحاسب الآلي الخاص به، أو تكون وسيلته الوحيدة للسحب من رصيده في البنوك [٧]، وبالرغم من الخصوصية

١- أنظر : صفاء عادل سامي ، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي ، ط١،مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ،٢٠١٣،ص١٠٠.
٢- أنظر : د.أحمد أبو القاسم ، الدليل المادى ودوره فى الإثبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١م ، ص٣٧٥.
٣- أنظر : د. شيماء عطا ،أنواع البصمات الأخرى ، بحث على الموقع www.shaimaaatalla.com
٤- أنظر : د.محمد عوض ، علم البصمات التطبيقي ، ط٢ ، مجلس النشر العلمي ، الرياض ، ١٩٩٠ ، ص٢٢.
٥- أنظر : الاية (١٨) من سورة النمل. فقد جعل الله بصمة لصوت سيدنا سليمان علية السلام جعلت النمل يتعرف عليها، وكذلك جعل الله لصوت النمل بصمة تعرف عليها سيدنا سليمان
٦- أنظر : د.حسنين المحمدي بوادي، مصدر سابق ،ص٦٧.
٧- أنظر : ايناس هاشم رشيد ، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني ،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كليه القانون – جامعة كربلاء ، العدد ٢ ، السنه ٤ ، ٢٠١٢، ص٢١٧.

لبصمة الصوت وقابليتها للحفظ وعدم التلاعب ، الإ أن البصمة الوراثية تختلف عنها لأنها تمثل شفرة الأنسان الحقيقية ، فهي تبقى عاجزة عن اثبات النسب فلا يمكن الحصول على بصمة صوت المتوفين لغرض اثبات النسب أو نفيه على خلاف البصمة الوراثية التي يمكن اثبات النسب من رفات الأموات.

خامسا- تمايز البصمة الوراثية عن بصمة الشفاه

تعد الشفاه بصمة لصاحبها والتي تتباين في الشكل والتركيب بين الإفراد ، ويعد العلماء أن التجاعيد والأخاديد في شفتي الشخص لها من الخصائص ما يمكن به تحديد شخصية الفرد تماماً مثل بصمات الأصابع ، وترجع حجية بصمة الشفاه إلى عام (١٩٦٨) ،عندما أرسل مجهول خطابا إلى مدير شرطه طوكيو تضمن تهديد بنسف مقر الشرطة ومن خلال آثار الشفتين على المظروف من الخارج تمكن من التوصل للفاعل عن طريق تحليل بصمة الشفتين[١].ومن خلال البصمات السابقة الذكر يتضح أن هنالك اتفاق بين البصمة الوراثية وبقية البصمات الجسدية في مجال تحقق شخصية الفرد الإ أن هناك اختلاف في الوظيفة فالبصمة الوراثية تنفرد بأنشطة كثيرة تنعدم في البصمات الأخرى ولعل اهمها هو موضوع اثبات ونفي النسب والتعرف على المفقودين وضحايا الحروب كما أنها تستخدم في مجال البحوث الطبية وتشخيص الإمراض الوراثية ، كذلك تختلف عن بقية البصمات من حيث الطريقة المتبعة في الإثبات ،فالبصمة الوراثية تعتمد في الإثبات على العناصر النيتروجينية في تحليل جزء أو اكثر من الحمض النووي (d.n.a) [٢]، ولعـــــل الاختلاف الجوهري يكمن أن البصمة الوراثية هي ذات طبيعة بيولوجية مبنية على اساس وراثي يستمدها الشخص من ابوية في حين أن البصمات الجسدية الظاهرة لا تتأثر غالبا بالوراثة [٣].

المطلب الثالث

طبيعة البصمة الوراثية وشروطها

إن للبصمة الوراثية دوراً كبيراً وفعالاً في مجال الإثبات عموما الا أن هذا الدور لا يتحقق ولا يكتسب الأهمية الا في ظل احترام مجموعة من الشروط الواجب توفرها للعمل والإخذ بنتائج هذه التقنية الحديثة ، فضلاً عن معرفه طبيعة البصمة الوراثية فيما اذا كأنت من الأشخاص أو من الأشياء، وعليه قسمنا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول طبيعة البصمة الوراثية ، أما الفرع الثاني نتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في البصمة الوراثية، وحسب الآتي :-

---

١- أنظر : د. عبد الحافظ عبد الهادي ، مصدر سابق ، ص٤٥٧.
٢- أنظر : د. بدر خليفة ، مصدر سابق ، ص٥٧.
٣- أنظر : صفاء عادل سامي ، مصدر سابق ، ص١٠٢.

الفرع الاول

الطبيعة القانونية للبصمة الوراثية

اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة الذاتية للبصمة الوراثية ومدى عدّها من الأشياء أو من الأشخاص ، إذ رد هذا الخلاف إلى ثلاثة اتجاهات وهي :

الاتجاه الأول – البصمة الوراثية من الأشياء :- عرف المشرع العراقي محل الحق بأنه " كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يمكن أن يكون محلاً للحقوق المالية"[١]

أن اصحاب هذا الاتجاه يرمون اعطاء وصف موحد لجينات الكائنات الحية ، نظرا للتشابه الذي يصل إلى حد الكمال بين الجينات البشرية والحيوانية [٢]، فضلاً عن أنه يجب الفصل المطلق بين تكيف الجسد الآدمي وجيناته الوراثية لأن وصف جسد الآدمي بالشيء فيه انعدام للكرامة الآدمية ، ولغرض مواجهة ذلك فأن المنطق يملي فصل الجين عن الجسد لغرض منح الجين الوصف المناسب [٣] ، وفي ضوء هذا الاتجاه فأن اعضاء جسم الأنسان تصلح لأن تكون محلا للحقوق المالية وعليه يمكن التصرف به ، فجسم الأنسان بعد فصل الروح منه يعد مجرد شيء لا يختلف عن الآلات[٤].

بيد أن ما يعاب على هذا الاتجاه هو خطورة الآثار المترتبة على عدّ الجين في مجال القانون من الأشياء لأن ذلك سوف يؤثر سلبا على معالم الحياة الواجب افرادها له ووسائلها ، وعما اذا كأن الجين من الأشياء العامة الملوكة للأفراد الذين يملكون التسلط عليه بكافة اشكال التسلط [٥]. فضلاً عن أن الأشياء التي تكون محلا للحقوق المالية تكون قابله للادخار والتداول بين الإفراد والحجز عليها وهذا لا يتفق مع طبيعة جسم الأنسان وكرامته ، فضلاً عن ذلك لا يمكن مع وجود الاتصال بين الروح والجسد أن نفصل بين شخصية الأنسان وجسده ، فالروح طالما موجودة في الجسد فهما بذلك واحد لا يمكن التمييز بينهما ، والجين هو جزء من جسد الأنسان ويحمل كافة خصائصه لذلك يأخذ حكمه وتفارقه صفة الأشياء[٦].

١- أنظر : نص المادة (٦١) من القانون المدني العراقي النافذ.

٢- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ١٨٧.

٣- أنظر : د . طارق عبد الله محمد ، انعكاسات البصمة الوراثية ، بحث منشور في مجله القانون والاقتصاد ، كليه الحقوق- جامعة المنصورة ، العدد ٧ ، ٢٠٠٥،ص٤٠١.

٤- أنظر : د. طارق سرور ، نقل الأعضاء البشرية بين الإحياء ،ط١، دار النهضة العربية ، مصر،٢٠٠١،ص٧٥.

٥- أنظر : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٧٢.

٦- أنظر : د. وجيه خاطر ، نقل وزرع اعضاء الجسم البشري ، مقال منشور في المجلة العربية للفقه والقانون ، العدد ٧ ، السنه الثامنة ، ١٩٩١، ص٥٠.

الاتجاه الثاني - البصمة الوراثية من الأشخاص :- أن للجسد البشري على وفق أصحاب هذا الاتجاه مكاناً سامياً ، إذ هو الشخص الإنساني في جوهره ، وأن الجسد هو الذي يتكون من عدة اجزاء ، وبما أن المعلومات الجينية المحمولة في البصمة الوراثية هي تمثل جزء من هذا الجسد فهي تتبعه وتدخل في جميع وظائفه [١]، بل أن أنصار هذا الاتجاه ذهبوا إلى حد المبالغة ، إذ مد نطاق الوصف القانوني للجسد ومكوناته من الجينات الوراثية إلى الجينات الكامنة بالبويضة المخصبة في الرحم ، فكما أن البويضة تتمتع بصفة الشخصية الاحتمالية نتيجة ما تحملة من معلومات وراثية تتعلق بالفرد فأن، هذه الصفة القانونية لابـــــــــد من أن تلتصق بالمعلومات الوراثية [٢].

ومن حسنات هذا الاتجاه هو ما يقدمه من حمايه للمعلومات الموجودة بالبصمة الوراثية ضد الانتهاكات البيولوجية ، الا أن المغالاة في المثالية ادى إلى عدم قبول النتائج المترتبة عليه ، لأن تبني هذا الاتجاه يؤدي إلى الاعتراف بالشخصية القانونية لجثة الأنسان وهذا غير منطقي ، كما أنه يؤدي إلى تعميق العلاقة بين الشخصية القانونية ومشتقات الجين الآدمية ، فتمتد الشخصية القانونية إلى كل المواد التي يفرزها الجين كشعر الرأس أو الأظافر أو باقي الإفرازات [٣].

الاتجاه الثالث – البصمة الوراثية من الأشياء ذات الطبيعة الخاصة :- لغرض التوفيق بين الاتجاهين السابقين ، ومن أجل الرغبة في توفير الحماية القانونية للجين البشري أنبرى اتجاه ثالث يرى أن نظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة ، تنفرد فيها البصمة الجينة بحماية جيدة ، لأنها تدخل في نطاق الأشياء التي يجب معاملتها معـــاملة خـــــاصة ، وتبتعد في ذات الوقت عن ادراجها في نطاق المعاملات التجارية التي تعطيها وصف الأشياء التقليدية [٤]. أن البصمة الوراثية هي عنصر من عناصر جسم الأنسان التي تقوم حمايته على مبدأين هما :

١- حماية الجسد من مساس الغير به أن البصمة الوراثية تتصل بسلامة الأنسان الجسدية ، وأن اجبار الأنسان على الخضوع للبصمة الوراثية يمثل نوعاً من الاعتداء على حرمة الجسد ودليلهم هو " أن الدراسات الجينية على صفات الشخص لا توظف الا لأغراض طبية أو بحوث علمية ويأخذ رأي الشخص قبل اجراء الدراسة"[٥]. وأن لفظ الجسد يشمـــــل كـــل ما يحتويه الجسم وحق الأنسان فـــي

١- أنظر: د. ممدوح خليل ، حماية الحياة الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص١٦٣.
٢- أنظر : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٧٠.
٣- أنظر : د. ظافر حبيب جباره ، النظام القانوني للهندسة الوراثية ، اطروحة دكتوراه ،جامعة بغداد - كلية القانون ، ٢٠٠٦،ص٢٥
٤- أنظر . د. وجيه خاطر ، مصدر سابق ، ص٥٧.
٥- أنظر : نص الفقره العاشرة من المادة (١٦) من تعديل القانون المدني الفرنسي ١٩٩٢.

الاحتفاظ بالتكامل الجسدي والصـــحي وعدم التعرض للإلام البدنية جميعها تدخل ضمن اطار حق الأنسان في سلامة جسده [١] ، فالكيان الجسدي للإنسان الذي يتكون من الخلايا التي تحتوي على الكروموسومات وللحصول عليها لابد من اخذ عينة لمعرفة مضمون هذه المورثات وهذه العينة يتم أخذها من دمه أو شعره أو لعابه وهذا لا يكون الا عبر المساس بسلامة الأنسان الجسدية لمعرفة تطابق الأنساب . فالمعلومات الوراثية المحمولة في الجين البشري تعد جزءاً من جسد الأنسان ، وهذا يعني أن البصمة الوراثية تتسم بالطابع الشخصي النسبي فهي حق فردي يتصل بالفرد صاحب الحق وحق اجتماعي يتصل بالمجتمع الذي يعد الفرد جزءاً منه [٢].

٢- حمايـــــة السرية : أن لكل فرد يرغب بالاحتفاظ بخصوصية في كل جوانب حياته واعماله وافكاره بعيداً عن تدخلات الآخرين ، الإ أن هذه الآمور وأن كانت كذلك الإ أنها تعد من المتغيرات وقابليتها للتطور واختلافها بين المجتمعات وحتى اختلافها من شخص لآخر [٣]. وعلى هذا الأساس فقد اتجه جانب من الفقه إلى وضع قائمة للحقوق التي تحتويها فكرة الحياة الخاصة إذ صنف هذه الحقوق التي تقع ضمن اطار الخصوصية وفق الأصناف الآتية [٤].

١- الحق بسرية الوقائع الخاصة كالرسائل والبرقيات .

٢- الحق بالاحتفاظ بالعناصر الشخصية وتشمل الاسم والصوت والصورة.

٣- الحق في الخلوة الشخصية بكل ماتشمله من حياة عائلية وعاطفية وتأملات الأنسان . ومما تقدم فالبصمة الوراثية تكيف بأنها حقا بالخصوصية فهي معلومات خالصة تخص شخص ما وتميزه عن غيره ،فهي وسيلة بايلوجية تحدد هوية الفرد فضلاً عن كونها معلومات تتعلق بالصحة ، فلكل شخص معلوماتهِ الوراثية التي تعتبر حقاً خاصاً له وتشكل المظهر الداخلي لشخصية الفرد [٥]. فكما للإنسان الحق في اسم يميزهُ عن أبناء جلدته [٦] ، فله حق ببصمته الوراثية في نطاق الخصوصية.

١- أنظر : نص الفقره العاشرة من المادة (١٦) من تعديل القانون المدني الفرنسي ١٩٩٢.

٢- أنظر : د. صبري حمد خاطر ، القانون والجين البشري ،بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، عدد٣،السنة ٣ ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠١ ،ص٧٥.

٣- أنظر : د. ممدوح خليل ، مصدر سابق ، ص١٦٣.

٤- أنظر : William ; L. prosser , Privacy , California Law Rev . vol 48 , August , 1980 P : 390 ، نقلا عن دكتور عمار تركي عطية ، البصمة الوراثية واثرها في الإثبات الجنائي بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، يصدرها بيت الحكمة ، العدد ٢١ ، السنة السادسة ، كلية القانون ، جامعة ذي قار، ٢٠٠٧، ص٢٤٠ .

٥- أنظر : د. ظافر حبيب جبارة ، مصدر سابق ،ص٢٧

٦- أنظر : نص الفقرة الأولى من المادة (٤٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ . (يكون لكل شخص اسم ولقب ، واللقب الشخصي يلحق بحكم القانون لأولاده).

الفرع الثاني

شروط العمل بالبصمة الوراثية

تعد البصمة الوراثية من اقوى الطرق العلمية في معرفة هوية الأشخاص من خلال خصائصهم الوراثية وهي بذلك تفوق أي وسيلة أخرى اذا ما استخدمت بالشكل الصحيح إذ لا يطالها تزوير أو عبث،فلا بد أن لا تجري البصمة الوراثية في الحالات التي لا يجيز الشرع الخوض بها كما في حالة الشخص الثابت نسبة بالفراش ،فلا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لنفي نسبة لأن النسب لا ينفى بالبصمة بل باللعان[١].وعليه هناك مجموعة من الشروط الواجب توافرها لاستخدام البصمة وهي .

اولا – القبول العام لأهل الاختصاص

يعرف هذا الشرط بشرط (فراي) وهي قاعدة اعتمدتها المحاكم الفدرالية عام ١٩٢٣ عند محاكمتها لشاب اسود اتهم بقتل رجل ابيض وطلب محاميه من المحكمة الإخذ بدليل كشف الكذب إذ كان جهاز كشف الكذب أنذاك التكنلوجيا الجديدة الا أن المحكمة رفضت قبول نتائج كاشف الكذب وذلك لأن هذا الجهاز لم يحظَ بالقبول العام لأهل الاختصاص، بمعنى عدم الإخذ بالاستكشاف العلمي لمرحلة التجريب الإ بعد أن يعبر مرحلة الثبوت والتطبيق[٢].وفي مجال اثبات النسب فأنه لا يأخذ بنتائج البصمة الوراثية الإ أذا لقي قبولا عاماً عند علماء الأنساب وأن شرط القبول في المجال الذي ينتمي اليه هو الذي سمح للمحاكم الأمريكية الإخذ بالبصمة الوراثية وذلك لأن تحليل الـ (d.n.a) له مقبولية واسعة بالمجالات الطبية ، فالحمض النووي ثابت لا يتغير في خلايا الجسم جميعاً وأن التطابق الإيجابي مستحيل مع خلايا الآخرين[٣].فالشرط الأساسي للأخذ بها شيوعها وانتشار العمل بها، لأن بقاءها عزيزة ونادرة أي البصمة الوراثية لما حازت الرضى والقبول عند الناس[٤].

ثانيا – اختبار الموضوعية

المقصود بهذا الشرط هو معاودة اختبار بصمة الـ(d.n.a) للتيقن من النتائج ، إذ يتم اخذ الكمية المناسبة من الأبن والأب والأم لأثبات النسب وهذه العينة لابد أن تكون طازجة ونظيفة من الشخص

١- أنظر : د. ميرني سهام ، ضوابط العمل بالبصمة الوراثية في مجالات الإثبات ، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع ،.http//almanhal.com/article

٢- أنظر : د. ياسين بن ناصر ،البصمة الوراثية،ط١،دار البيان العربي، جدة ،١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م، ص١٩٩.

٣- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٨٧.

٤- أنظر : د. علي محي الدين القرداعي ، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي ، سلسلة مطبوعات العالم الإسلامي ، المجلد ٣، العدد ٢٢ ، السعودية ، ٢٠٠٠، ص٣٦.

الشخص ، واذا ما ظهر شك في النتائج فيعاد الاختبار في مكان آخـر وهو أمر يرفع مــن معدل دقة الاختبارات [١]. وأن الكمية المطلوبة أو العينة لاجراء الاختبار تقدر بحجم الدبوس ، فعلماء الطب الحديث يستطيعون اثبات النسب لشخص أو نفية عن طريق هذا التحليل وأن نسبة النجاح فيها تصل إلى حد القطع أي ١٠٠% [٢]. إذ يتم ادخال العينة الاختبار ومن ثم تقطع العينة بواسطة أنزيم ملين يمكنه قطع شريط الـ (d.n.a) طولياً وهذا الإنزيم يسمى بالإله الجينية أو المقص الجيني[٣]، ليتم عرض هذه المقاطع لغرض ترتيبها بوساطة التفريغ الكهربائي [٤].

ثالثا – طبيعة التكنولجيا المستخدمة وتدقيق نتائجها

يقصد بذلك هــو التأكد من سلامة الأجهزة المستخدمة ومدى دراية الفنيين في تشغيلها ، فاستخدام البصمة الوراثية يحتاج إلى معلومات دقيقة عن طبيعة الأجهزة المستخدمة وبالتالي فأن ذلك هو الذي يحدد نسب نجاح أو فشل الوسيلة [٥]. لذا لابد من عدم التسليم المطلق بالنتائج قبل التأكد من اختبار الموضوعية وتبيأن مدى فاعليه الأجهزة والوسائل المستعملة بتقنية الحمض النووي ، فيجب الحذر من التكنلوجيا المتقدمة وأن نحترس من الثقة بهذه التكنلوجيا ، لأن للتكنولوجيا ميولا إلى أن تخلق متطلبات جديدة ، وكلما زادت قدرة التكنلوجيا قل على الأغلب تفحصها كما يجب الاعتراض عليها عند التطبيق والا انقلبت علينا لتزعجنا كلما تسامحنا تجاه العمل بها من غير معايير، فضلاً عن ذلك لابد أن لا يتم أجراء البصمة الوراثية الا بناءً على موافقة ذوي الشأن[٦].

١- أنظر : د.فؤاد عبد المنعم ، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات ، ط١، المكتبة المصرية، مصر ،١٩٩٨،ص١١.
٢- أنظر : د.سفيان العسولي ، البصمة الوراثية ، بحث منشور على شبكة الإنترنت على الموقع
http//www.nooran.org/566.htm.
٣- المقصود بالمقص الجيني يفصل قواعد(الإدينين -A)و(الجوانين – G) وقاعدة(الثايمين -T) و(السيتوسين - C)
أنظر : د. موسى الخلف ، مصدر سابق ، ص٢٢.
٤- أنظر : د. جميل عبد الباقي الصغير ، مصدر سابق ، ص٦١.
٥- أنظر : د. ياسين الخطيب ، مصدر سابق ، ص٨٧.
٦- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ٤٩٥.

المبحث الثاني
البصمة الوراثية في ميزان الفقه الإسلامي

لابـــــــد من بيان موقف الفقه الإسلامي من تقنية البصمة الوراثية ، ونطـاق استخدامها وهل تعـــــد دليل أثبات، ام لا ؟ واذا كانت كذلك فما ضوابطها و شروطها و الحالات التـي يمكن أن تـؤثر فيها ؟ أختلف علماء الفقه الإسلامي في شرعية البصمة الوراثية بين القبول والرفض بحسب مـا لـديهم من أدلة يستندون اليها لذا ارتأينا لتقسيم هذا المبحث إلى فرعين :-

المطلب الأول
الموقف الشرعي من البصمة الوراثية

تعد مسألة إثبات النسب بالشريعة الإسلامية من المسائل المهمة التي تدخل ضمن المقاصد الكبرى التي جاءت الشريعة لرعايتها، ويؤكد العلماء أن إثبات النسب يشتمل حقوقا عدة، كما أنه يمثل عنوان البقاء للإنسان في هذه الحياة الذي يستمر معه مدة وجوده كلها، ومن هذا المنطلق جاءت أهمية البحث في إثبات النسب بالبصمة الوراثية التي تعد من الآمور المستجدة علميا وفقهيا ، وقد تم بحث موضوع البصمة الوراثية في المجامع الفقهية بوصفها من النوازل الفقهية المعاصرة واختلفت آراء الفقهاء في تحديد النسب بالبصمة الوراثية من عدمه، وسنلخص هذه الآراء للوصول إلى القول الراجح من خلال ما سنعرضه بالفروع الآتية:-

الفرع الأول
أنصار البصمة الوراثية

عُنيَ الإسلام بالعلم عناية كبيرة وذلك لأهميته وآثره على حياة الأنسان قال تعالى " قُلْ سِيرُوا فِي الإرْضِ فَأنظُرُوا كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ ثُمَّ اللَّهُ يُنْشِئُ النَّشْأَةَ الإخِرَةَ أن اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ"[1]، وعن رسول الله (ص) قال " تفكروا في الخلق ولا تفكروا في الخالق فأنكم لا تقدرون قدرة"[2] فهذه دلالة واضحة على حرية البحث العلمي والمشرع له أن يتدخل بضبط التجاوزات عن طريق التشريع فالإسلام يرحب بالعلم والبحث العلمي ويرى أن من فروض الكفاية على الإمة المسلمة أن تتوفر لديها المعرفة في كل مجال من مجالات العلم التي تحتاج اليها الإمة في دينها ودنياها ، واكتشاف البصمة الوراثية يعتبر من أعظم الاكتشافات العلمية البيولوجية خلال القرن الحالي وقد أظهر منتهى الدقة العجيبة وغاية الخلق المحكم وعظمة الإتقان الـــذي أدهش العلماء المختصين فضلاً عن العامـــــة

١- أنظر : الاية (٢٠) من سورة العنكبوت.
٢- أنظر : محمد الريشهري ، ميزان الحكمة ، ج٣، ط١، دار الحديث للطباعة ، قـم ، ١٤٢٢هـ ، ص١٨٩٢.

والمهتمين إذ قال تعالى"سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الإفَاقِ وَفِي أنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أنهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أنهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ"[١]،وقولة تعالى"وَفِي أنفُسِكُمْ ۚ أَفَلَا تُبْصِرُونَ"[٢].فلا مانع من الجانب الشرعي أجراء البحوث العلمية وتوسيع تطبيق البصمة لأن التصرفات المستخدمة التي فيها منفعة للناس التي لم يحدد الشارع حكماً لها مباحه شرعاً استناداً لقاعدة الآصل في الأشياء الإباحة أي اباحة الانتفاع فهذه القاعدة تشمل كل ما لم يرد بشأنه شيء دليل خاص به[٣]، فالإنسان له أن يخترع ما يشاء ويضع شروطاً من غير تقيد ولكن في حدود عدم الضرر سواء بالنفس أو بالغير[٤].وبعد الاطلاع على البحوث والدراسات التي قدمها الفقهاء والأطباء والخبراء التي بينت أن نتائج البصمة الوراثية قوية الدلاله في أثبات نسب الأبناء إلى أبائهم وأن الخطأ غير وارد في البصمة الوراثية ذاتها بل بالجهد البشري أو عوامل التلوث[٥]،لذلك قرر جواز استعمال البصمة الوراثية بعدها وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي ولكن وفق شروط [٦] وهي:-

١- يجب اتخاذ الحيطة والحذر في استخدام البصمة الوراثية في موضوع النسب .

٢- من غير الجائز شرعا استخدام البصمة الوراثية لنفي النسب أو تقديمها على اللعان.

٣- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية للتأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض عقوبات لحماية اعراض الناس وصون أنسابهم .

٤- لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس أو لشعب أو لفرد لأي غرض كما لا يجوز هبتها لما يترتب على ذلك من مفاسد[٧] .

٥- يجوز اعتماد على تقنية البصمة الوراثية بإثبات النسب في حالات معينة وهي :

أ- حالات الاشتباه بالمواليد واطفال الأنابيب في المستشفيات والمراكز الصحية .

ب- حالة ضياع الأطفال واختطافهم بسبب الحروب والكوارث وكذلك حالات الجثث التي لم يتمكن

١- أنظر : الاية (٥٤) من سورة فصلت .
٢- أنظر : الاية (٢١) من سورة الذاريات .
٣- أنظر : د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص٦١١.
٤- أنظر : د. سعد الدين مسعد هلالي ، مصدر سابق ، ص١١٢.
٥- أنظر : د. محمد رأفت عثمان ، البصمة الوراثية ودورها في اثبات ونفي النسب ، بحث مقدم إلى المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، المجلد الثالث ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ،٢٠٠٢، ص ٥٦٩.
٦- أنظر : احمد سليمان محمد ،اثبات النسب بالقرائن، مركز الغندور، القاهرة ، ٢٠٠٩ ،ص١١٠.
٧- كلمة جينوم مركب مزجي من كلمتي جين وكروموزوم ويعبر بها عن كتلة المادة الوراثية جميعها. أنظر: د. موسى الخلف ، مصدر سابق ، ص٢٢.

من التعرف على هويتها واسرى الحرب والمفقودين .
ج- حالات التنازع على مجهول النسب .

ويرى اية الله العظمى السيد علي السيستاني أحد فقهاء المذهب الأمامي في سؤال وجه اليه ((هل يعتبر فحص الـ (DNA) دليلا شرعيا لثبوت الأبوة للطفل إذا كان ملائما مئة بالمئة)) والجواب كان " يعتبر الفحص بالبصمة الوراثية مع كونه طريقة علمية بينة لا تتخللها الاجتهادات الشخصية "[١].

ولغرض أن تبقى البصمة الوراثية ضمن الإطار الأخلاقي الذي رسم لها لِتحقق العدالة بين الناس ولا تلحق ظلماً بأحد فقد وضعت ضوابط شرعية للعمل بالبصمة الوراثية وهي :-

اولا- يجب أن لا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة بالكتاب والسنة ، حتى لا يؤدي ذلك إلى جلب المفاسد نتيجة إهمال النصوص الشرعية .

ثانيا – أن تستخدم التحاليل الفنية للبصمة الوراثية في الحالات التي يجوز فيها التأكد من اثبات النسب وذلك لعدم ضياعه واختلاطه [٢].

ثالثا – أن لا تخالف تحاليل البصمة الوراثية العقل والمنطق بل لابد أن توافقهم ، فلا يثبت النسب بالبصمة الوراثية لمن لا يولد لمثله لصغر سنه أو لكونه مقطوع الذكر والأنثيين فهنا تكون البصمة الوراثية قد خالفت العقل والمنطق [٣] .

رابعا – أن لا يتم أخذ البصمة الوراثية في الحالات التي يمنع الشرع التدخل بها كالنسب الثابت بالفراش فلا يجوز اللجوء للبصمة الوراثية لنفي النسب لأنه لا ينفى الا باللعان [٤].

خامسا – أن لا يتم الحاق الأطفال غير الشرعيين للزاني عن طريق البصمة الوراثية لأن النسب يعد نعمه التي لا يستحقها الزاني ، وإنما يثبت نسبه لأمه فقط [٥].

سادسا – منع القطاع الخاص والشركات الخاصة من المتاجرة بعينات البصمة الوراثية [٦].

سابعا – أن يجري تحليل البصمة الوراثية في مختبرين على الأقل معترف بهما رسمياً وأخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات النتيجة التي حصل عليها المختبر الآخر[٧].

١- انظر موقع سماحة السيد آية الله العظمى علي السيستاني https://www.sistani.org/arabic/qa/0744/.
٢- أنظر: د. خليفة علي الكعبي ،البصمة الوراثية ، مصدر سابق ، ص٥٠
٣- أنظر : د. محمد رأفت عثمان ، مصدر سابق ، ص٥٧١.
٤- أنظر: د.مصلح عبد الحي النجار ،البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي ، ط١، دار رشد،السعودية،٢٠٠٥،ص٢٣٨.
٥- أنظر : د. سعد الدين مسعد الهلالي ، مصدر سابق ،ص٢٤٣.
٦- أنظر :د. فؤاد عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص٢٥.
٧- أنظر : د.علي محي الدين القرة داغي ، مصدر سابق ، ص٦٥.

وقد اختلف الفقه الإسلامي حول تعدد الخبراء الفنيين القائمين بالتحليل إلى عدة آراء وهي:-

الرأي الأول - يرى فقهاء المذهب المالكي والشافعي يجب أن يكون العاملون في مختبرات التحليل اكثر من خبير واحد وذلك قياسا على الشهادة [١] ، واستدوا في ذلك إلى أن الحكم بالشهادة لا يقبل اذا كأن عدد الشهود أقل من شاهدين ، فضلاً عن ذلك فقد استندوا في قياسهم على القيافة [٢] ، فلا يقبل الفقهاء الذين يأخذون بالقيافة اذا كان أقل من قائفين ، فمن باب اولى لابد من أن يكون خبيرين بالبصمة الوراثية ، فالبصمة الوراثية قائمة على أساس علمي والخطأ فيها مستبعد على خلاف القيافة القائمة على الحدس والفراسة ، ومن الجدير بالذكر أن كل من المذهب الحنفي والأمامي لم يأخذا بالقيافة في اثبات النسب . فالمذهب الحنفي يرى أنه لا يثبت النسب بقول القائف ، لا لأن القيافة كالكهانة [٣] ، في الذم والحرمة أو أن الشبه لا يثبت بها ،لأن الشارع المقدس حصر دليل النسب بالفراش وغاية القافة اثبات المخلوقيه من الماء لا اثباته بالفراش فلا تكون حجة في اثبات النسب [٤].

واستدلوا في ذلك إلى أن الله سبحانه وتعالى شرع اللعان بين الزوجين عند نفي النسب ولم يأمر بالرجوع إلى القائف [٥] ، كذلك أن مجرد الشبه لا يعتد به لأنه قد يشابه الولد اباه الأدنى أو يشبه الأب الأعلى[٦] ، وقد بين النبي (ص) أنه لا عبره بالشبه عندما أتاه رجل أبيض فقال : أن امرأتي ولدت غلام أسود فقال النبي هل لك من الإبل ، قال : نعم قال فما الوانها قال حمر قال هل فيها من أورق ؟ قال : أن فيها لورقا قال : فأنى اتاها ذلك ؟ قال :عسى أن يكون نزعة عرق قال : وهذا عسى أن يكون نزعة عرق [٧].

١- أنظر : د.محمد الإشقر، اثبات النسب بالبصمة الوراثية ،بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة ، سلسلة مطبوعات العالم الإسلامي ، المجلد الثالث ، مكة المكرمة ، السعودية ، ٢٠٠٣،ص٤٥٨.

٢- القيافة تعني تتبع الإثر وهي مصدر قاف ، والقائف يعرف شبه الرجل بأخية وابيه . أنظر : ابن منظور ، مصدر سابق ،ص٢٩٣.

٣- الكهانة فعالة مأخوذة من التكهن، وهو التخرص والتماس الحقيقة بأمور لا أساس لها، وكأنت في الجاهلية صنعة لأقوام تتصل بهم الشياطين وتسترق السمع من السماء وتحدثهم به، ثم يأخذون الكلمة التي نقلت إليهم من السماء بواسطة هؤلاء الشياطين ويضيفون إليها ما يضيفون من القول، ثم يحدثون بها الناس، فإذا وقع الشيء مطابقاً لما قالوا: اغتر بهم الناس واتخذوهم مرجعاً في الحكم بينهم، وفي استنتاج ما يكون في المستقبل، ولهذا نقول: الكاهن هو الذي يخبر عن المغيبات في المستقبل ، فعن سعد بن عبد الله عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن ابي عمير عن علي بن ابي حمزة عن ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام قال (من تكهن أو تكهن له فقد برء من دين محمد صلى الله عليه واله وسلم) . للمزيد من التفاصيل أنظر : الحر العاملي ، وسائل الشيعة ج١٢، مصدر سابق ، باب تحريم إتيان العراف وتصديقه والكهانة والقيافة ، حديث ٢ ، ص١٠٩ .

٤- أنظر : برهان الدين ابي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، ج٢، مصدر سابق ،ص١٧٣، وكذلك أنظر : علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ،ج٦، مصدر سابق ،ص٢٤٢.

٥- أنظر : الاية (٦-٩) من سورة النور.

٦- انظر :د. خليفة الكعبي ، مصدر سابق،ص٥٢.

٧- أنظر : ابي الحسين مسلم ابن الحجاج النيسابوري ،صحيح مسلم ، مصدر سابق ، حديث رقم ٣٧٦٦ ، ص٦١٩.

أما فقهاء المذهب الإمامي يعتبرون القيافه التي هي الحاق الناس بعضهم ببعض أو نفي بعضهم عن بعض وفقا لعلامات خاصة على خلاف الموازين الشرعية في الإلحاق وعدمه ، والآجر الذي يتقاضاه القائف حرام [١].

الرأي الثاني - وهـــم بعض فقهاء المذهب الحنفي فلا يشترط التعدد ويرى بجواز عمل الخبير الواحد [٢] ، واستندوا في ذلك أن أصحاب المذاهب الأخرى اعتمدوا على قول القائف الواحد على أن يكون مسلماً وعدلاً ولذا فأنه من باب اولى أن يكون العمل بالبصمة الوراثية بخبير واحد كون نتائجها أدق من القائف والتي تصل إلى ٩٩% ، اضافة إلى أن مسألة التعدد ترجع إلى قواعد المهنة [٣].

الرأي الثالث – اصحاب هذا الرأي وهم البعض الآخر من فقهاء المذهب الإمامي والحنفي ويرجعون مسألة التعدد في الخبراء إلى القاضي على اعتباره الفيصل الأول والأخير في المنازعة وأن الإمر راجع إلى الحاكم الشرعي فلابد أن يجتهد في اختيار ما يراه راجحاً ومناسباً ومحققاً للمصلحة كبقية المسائل الخلافية ، أنه في كل فحص من فحوصات تحليل البصمة الوراثية لابد من توافر الصدق والأمانة والكفاءة العالية والخبرة والدقة المتناهية في خبير البصمة الوراثية ما يحمله على الاكتفاء بقولة فقط ، بينما قد يظهر له في فحص آخر من الشكوك ما يدعو إلى التثبت والاحتياط فهنا يحتاج إلى قول خبير اخر [٤].

نستنتج مما تقدم نعتقد أن الرأي الراجح هو الرأي الثالث الذي جعل مسألة التعدد في خبراء البصمة الوراثية هو من اختصاص القاضي وهو من يقيم الأدلة المطروحة امام المحكمة ، فمتى ما وجد الثقة والطمأنينة في قول الخبير أخذ به ، أما اذا تبادرت له الشكوك حول صحة النتائج فلا ضير بأن يستعين بخبير آخر لغرض الاطمئنان.

أما عن حجج أنصار البصمة الوراثية إذ يستند أنصار العمل بالبصمة الوراثية سواء من المذهب الإمامي والحنفي على القاعدة التي تقضي أن الأصل بالأشياء التي لم يرد الشارع فيها حكم الإباحة، فيحق لكل أنسان أن يبرم ما يشاء من العقود ويضع الشروط وله أن يخترع ما يريد في حدود عـــدم

١- أنظر : اية الله العظمى السيد علي السيستاني ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص١٢. كذلك أنظر : علي الموسوي ، مصدر سابق ، ص٤٤٠.

٢- أنظر : د. وهبة مصطفى الزحيلي ، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي ، سلسلة مطبوعات العالم الإسلامي ، المجلد الثالث ، مكة المكرمة ، السعودية ، ٢٠٠٣ ،ص٢٠.

٣- أنظر : د. سعد الدين مسعد الهلالي ، مصدر سابق ،ص٦٤٢.

٤- أنظر : د. عمر محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها واستخدامها في النسب والجناية ، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي ، سلسلة مطبوعات العالم الإسلامي ، المجلد الثالث ، مكة المكرمة ، السعودية ، ٢٠٠٣، ص٩١.كذلك أنظر :علي الموسوي ، مصدر نفسه ، ص٤٤٥.

الضرر بالنفس أو بالغير ، واستدل اكثر اهل العلم على أن الأصل في البصمة الوراثية وكل اكتشاف ينفع البشرية ولم يرد فيه حظر من القرآن الكريم والسنه النبوية والعقل جائز ومقبول[١].

اولا – القرآن الكريم

لقد وردت الإشارة في القرآن الكريم إلى أن الصفات الوراثية تنتقل من السلف إلى الخلف قال تعالى " فأَتَتْ بِهِ قَوْمَهَا تَحْمِلُهُ قَالُوا يَا مَرْيَمُ لَقَدْ جِئْتِ شَيْئًا فَرِيًّا .يَا أُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا "[٢].وهي قصة السيدة مريم حين أنجبت النبي عيسى عليه السلام وهي باكر ، الذي يتضح من الآية الكريمة أن سلوك الفرد اذا كان سيئاً فأنه يكون قد ورثه من ابوية عن طريق هذه الجينات لذلك فأن القوم قد توهموا بأن السيدة مريم قد جاءت بأمر منكر وهذا ما أثار استغرابهم [٣].

ثانيا - السنة النبوية الشريفة

لقد وردت عدد من الاحاديث النبوية التي تدل على أن الأنسان يرث من أجداده وآبائهِ صفات وراثية إذ قال رسول الله (ص) " الكريم ابن الكريم ابن الكريم ابن الكريم" قالوا من يا رسول الله قال : يوسف بن يعقوب بن اسحاق بن ابراهيم [٦]. فالحديث الشريف فيه دلالة واضحة أن صفات نبي الله يوسف عليه السلام المتوارثة عن ابية وابي ابيه وصولا إلى جده أبراهيم الخليل عليهم السلام هي التي تحددت من أصلابهم وتشكلت منها طبيعته فكان اريحي الصالح ، حر الطينه ، نقي الجوهر ، محمود الفطره ، صدوق المعجم[٧]. وعن عبد الرحمن بن عوض – رضي الله عنه – أن ابني عفراء

١- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٥.
٢- أنظر : الاية (٢٧-٢٨) من سورة مريم
٣- أنظر : أنظر محمد حسين الطباطبائي ، مصدر سابق ، ص٦٤١.
٤- أنظر : الاية (٢٩) من سورة النساء.
٥- أنظر : ابي جعفر محمد بن جرير الطبري ، مصدر سابق ، ص٥٤٩.
٦- أنظر : د. جمال الدين ابو محمد بن يوسف الزيلعي ،تخريج الاحاديث والإثار في تفسير الكشاف ،ج٢،ط١،دار خزيمة ، الرياض ، ١٩٨٦،ص١٥٩.
٧- أنظر : د. السيد الجميلي الإعجاز الطبي في القرآن الكريم ،دار ومكتبة الهلال ، بيروت ، ١٩٩٠،ص ١٩٠.

أدعيا قتل أبي جهل يوم بدر، فقال الرسول (ص) (هل مسحتما سيفيكما ، قالإ: لا قال :الرسول (ص) أرياني سيفيكما فلما نظر إلى سيفيهما قال هذا قتله وقضى له بسلبه [١]. من هذا يتضح أن الرسول محمد (ص) أعتمد على الآثار البيولوجية وهي بقع الدماء الموجودة على السيفين لمعرفة القاتل .

وفي دليل آخر من السنة أنه بلغ عبد الله بن سلام مقدم رسول الله (ص) المدينة فأتاه فقال : أني سائلك عن ثلاث لا يعلمهن الا نبي قال : ما أول اشراط الساعة وما اول طعام يأكله اهل الجنة ومن اي شيء ينزع الولد إلى ابيه ومن أي شيء ينزع إلى أخواله فقال الرسول (ص) أما أول اشراط الساعة فنار تحشر الناس من المشرق إلى المغرب وأما أول طعام يأكله أهل الجنة فزيادة كبد الحوت وأما الشبه في الولد فأن الرجل اذا غشى المرآه فسبقها ماؤه كان الشبه له واذا سبق ماؤها كان الشبه لها قال : اشهد أنك رسول الله [٢]. وفي حديث عن أبي ثعلبة ، قال : قال النبي (ص) (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدود فلا تعتدوها ، وحرم اشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن اشياء رحمة لكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها)[٣] ، ففي الحديث الشريف نجده قد قسم احكام الله إلى اربعة اقسام فرائض ومحارم وحدود ومسكوت عنه ، والمسكوت عنه هو مالم يذكر حكمه لا بتحليل ولا بتحريم ولا ايجاب ولا يوجد حرج على فاعلة ، الا أنه ما ينبغي الإشارة اليه أن ذكر الشي بالتحليل و التحريم مما قد يخفى فهمه لنصوص القرآن والسنه فأن دلالة هذه النصوص قد تكون بطريق النص والتصريح أو بطريق العموم والشمول أو بطريق التنبيه أو بطريق القياس أو بمفهوم المخالفة وهذا كله يعرف به دلالة النصوص على التحليل والتحريم ، فإذا أنتفى ذلك فهنا يستدل بعدم الذكر بالإيجاب أو التحريم على أنه معفو عنه [٤].

ولا ريب أن البصمة الوراثية هي من الآمور المعفو عنها ولايجوز الحكم عليها بالتحريم ،ومن هذا يتضح أن ما توصل اليه العلماء اليوم من اكتشافات وأن سر الحياة في الكائن هي الخلية وبعد معرفتهم للخلية وجدوا أن الصفات الوراثية التي يأخذها الجنين من أمه أومن أبيه نتيجة التزاوج تظهر في الوليد فإذا كانت (كروموسومات) الأب هي الأكثر يكون الوليد شبيه للأب أما اذا كانت (كروموسومات) الأم هي الأكثر فهو شبيه للأم،وعبر الرسول عن ذلك بتعبير دقيق إذ جاء في حديث

١- أنظر : محمد بن اسماعيل البخاري ، ج٣، مصدر سابق ،باب من لم يخمس ومن قتل قتيلا فله سلبه ، ص ١٤٤٤.
٢- أنظر : محمد بن اسماعيل البخاري ، المصدر نفسه ، كتاب احاديث الإنبياء ،باب خلق ادم وذريته ، ص١٢١١.
٣- أنظر : نور الدين علي بن ابي بكر الهيثمي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، ج١ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص١٧١.
٤- أنظر : زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين ، جامع العلوم والحكم ، ط١، دار ابن كثير ، دمشق ، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ، ص٨١٩.

مسافع بن عبد الله عن عروه عن عائشة أن امرآة قالت لرسول الله (ص) هل تغتسل المرآه اذا احتلمت وابصرت الماء فقال نعم فقالت لها عائشة تربت يداك وآلت فقال الرسول(ص) دعيها وهل يكون الشبه الامن قبل ذلك اذ علا ماؤها الرجل شابه الولد أخواله وأذا علا ماء الرجل شابه الولد أعمامه[١].فتعبير العلو(اذا علا ماء الرجل أو ماء المرآه) الذي جاء به الرسول هي غلبة (الكروموسومات)التي تثبت بالغلبة وتظهر صفاتها واثارها على المولود، فهذه الأحاديث قررت حقيقه علميه لم تعرف الا بالعصرالحديث فما توصل إليه العلماء جميعهم هو ما اشارت اليه السنة الشريفة .

ثالثا – العقل

أن الأصل بالبصمة الوراثية وكل مستحدث يشمل على مصالح الناس ومنافعهم ولم يرد به حظر فالأصل فيه الإباحة ، إذ أن تحريم مالم يرد بشأنه نص فقط لكونه مسكوتاً عنه ،فهو يعد من باب التكليف من غير بيان ، وهو تكليف بما لا يطاق وهذا أمر قبيح تعالى الله عنه علواً كبيراً [٢]. كما أن البصمة الوراثية تعتبر بحكم المنصوص على طلبها وحسبنا في ذلك قوله تعالى " وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلا تُبْصِرُونَ "[٣]. فالوسائل العلمية الحديثة المستخدمة في اثبات النسب لها ضروریاتها في العصر الذي نعيشه نتيجة التقدم العلمي الكبير الذي تم التوصل اليه وبخاصة البصمة الوراثية ، فلم تعد الوسائل القديمة لها القدرة على الانسجام مع طبيعة العصر الحالي فالذين يأخذون بالقيافة من الصعب اثبات النسب بهذه الوسيلة فالبصمة قائمة على أساس علمي وهي أولى وأثبت من القيافة.

الفرع الثاني

الرافضين للبصمة الوراثية

يرفض بعض فقهاء المذهب الإمامي الاعتماد على التقنيات الحديثة في اثبات النسب، لأن هذه الطرق لم تثبت شرعيتها ولا اعتبار لها [٤] ، وقد تطرق جانب من الفقه الإمامي أن ما توصل اليه العلم من تقنيات فنية تساعد بالبحث عن هويات الإفراد سواء أكان بقصد الوصول إلى معرفة الفاعل في

١- أنظر : ابي عبد الرحمن احمد شعيب بن علي النسائي ، كتاب الطهارة ، باب غسل المرآه ترى في منامها ما يرى الرجال ، مصدر سابق ، ص١٩٥.

٢- أنظر : د.جهاد حمد حمد ، الاحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية والبيولوجية المعاصرة، ط٢،دار المعرفة ، بيروت ، ٢٠١٧، ص٢٧ . وكذلك أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٣٥٢.

٣- أنظر : الإيه (٢١) من سورة الذاريات .

٤- السيد كاظم الحائري حول رأي سماحتكم بالإخذ بالبصمة الوراثية في معرفة نسب الطفل عند حصول اشتباه وترتيب الإثار الشرعية كالإرث والمسائل الأخرى من خلال الفحص بالبصمة الوراثية فكان الجواب لم تثبت شرعية هذه الطرق ولا اعتبار لها . أنظر : التقرير الفقهي لمركز ابن ادريس الحلي للدراسات الفقهية ، العدد الاول ، ٢٠٠٧ ص٩.

جريمة معينة أو تحديد نسب مجهول الهوية ، فمسألة البصمة الوراثية التي لم تكن قد وصلت لمرحلة الاستخدام الفعلي في تحديد الأنساب كما أن نتائجها لم تكن قد بلغت مرحلة التأكيد الذي عليه اليوم ، وقال أن العلم الذي يحصل من الطب الشرعي حجة متبعة واستثني من هذه الحجية الأنساب واستند في ذلك إلى أن للأنساب قاعدة تسمى قاعدة (امكان الإلحاق) وهي كل ما امكن أن يلحق الولد بالزوج يجب أن يلحق به في ظاهر الشرع [١] ، في حين نجد أن بعض فقهاء المذهب الحنفي[٢] يرون أن الحمض النووي ليس له اثر شرعي في قضايا اثبات النسب ويطالب بالحذر من عواقب عرض مثل هذه القضايا الحساسة لأن لها مساساً بالإعراض وأن بعض ضعاف النفوس يستخدمونها ذريعة للتشكيك في أنساب ابنائهم [٣]، كذلك هنالك من يعارض استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب ويرون أن الاعتماد على البصمة الوراثية في اثبات النسب فيه اسقاط صريح للحكم الشرعي الذي جاء به الرسول (ﷺ) " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[٤] ،فأسقاط هذا الحكم ليحل محلة الحمض النووي الذي هو من قبيل الوسائل لا من قبيل الإحكام يعد قلب للأوضاع اذ الوسائل أنما تأتي لخدمة الإحكام الشرعية لا لتحل محلها ، وأن استخدام البصمة الوراثية سوف يؤدي إلى فوات الغرض المقصود من اثبات نسب الولد برفع شأنه اجتماعياً اذا بهذا الإجراء يقع التشهير بأحد الوالدين أو كليهما وأثبات الرذيلة قضائياً واذاعتها اجتماعياً ، فضلاً عن أن الاعتماد على نتائج البصمة الوراثية فيه تحايل على اسقاط العقوبة المقررة شرعاً في حال قذف أحد الزوجين الآخر بالزنا وهو اللعان ليحل مكانه البصمة الوراثية أو تقديمها عليه ، كذلك فساد الادعاء بيقينية البصمة الوراثية لوضعها بيد منظومة من العاملين في المختبرات فهم بشر غير معصـــــومين من الخطأ فضلاً عن الإغراءات التي قد تحدث وحالات الابتزاز والرشوة وفساد الأنفس والتلفيق في اثبات النسب إذ اصبح المال رفيع الشأن وخراب الذمم واسع النفوذ [٥]. ولا يخفى من أن اللجوء إلى البصمة الوراثية لغرض الإثبات فيه نتائج خطيره للمرآة والطفل والمجتمع ككل ، إذ يودي إلى الحاق نسب ولد الزنى للزاني من امرأه متزوجة اذا اثبتت النتائج أن الولد من ماء الزاني، وهذا يساعد على فتح باب واسع للفجور بمساعدة المرأة الزانية في الحاق ولدها بمن حصلت المواقعه معه ، أو ينفي النسب عن ولد

١-أنظر : محمد جواد مغنية ، اصول الإثبات في الفقه الجعفري ، مصدر سابق ، ص١٦٤

٢-أنظر : د. أشرف عبد الرزاق ويح ، موقع البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب الشرعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٩٧.

٣- أنظر : د. عبد الرحمن بن عبد الله المخضوب ، رؤيه حول البصمة الوراثية ، بحث منشور على شبكة الإنترنت عبر موقع كذب النسابون على الرابط www.bneomar.com

٤- أنظر : محمد بن يعقوب الكليني ، مصدر سابق ، ص٣٦٤.

٥- أنظر : د. يحيى هاشم حسن مزعل ، انعكاسات الوسائل العلمية ، ط١،دار المعارف ، القاهره ،٢٠٠٠،ص٩١.

من امرآه متزوجه اذا اثبتت النتائج أنه ليس من ماء الزوج [١] ، فضلاً عن ذلك أنه يفتح ابواب جهنم تحت اقدام المحصنات عندما يتعرضن لدعاوى أنكار النسب لمواليدهن ، إذ يتوقع التلاعب في مثل هذه الدعاوى من قبل اصحاب المصلحة سواء أمن الورثة أم الزوج ، ولا يفيد في هذا المضمار مايقال من فرض عقوبة على منكر النسب اذا اثبته الفحص ، أو مدعي النسب اذا لم يثبته الفحص ، إذ يكون له أن يتعذر بالشبهات والشواهد والشكوك ، وماذا يكون للعقوبة من دور بعد أن تلطخت سمعة المرأه [٢] ، وأن الاحتكام للبصمة الوراثية لا ينسحب بأثر رجعي على الوقائع التي حدثت قبل صدورها لأنه أن صح في القانون الوضعي الذي ينشأ به الحكم بصدور القانون ، فأنه لا يصح في الفتوى الشرعية الكاشفة عن الحكم الشرعي لمجتمع استقر فيه الإسلام ، فاجتهاد العلماء وشغلهم بقضايا هي من فرز غير اخلاقي الذي يكون نتيجة طبيعية لقلة أو ضعف الوازع الديني وأن أثارت مثل هذه الآمور يعد لون من الوان اشاعة الفاحشة في المجتمعات المسلمة ، ولا بد من البحث على جذور المشكلة قَبل البحثَ عن طرق حلها [٣]. وخلاصة ما تقدم يؤكد اصحاب هذا الرأي على البحث عن البصمة التربوية والأخلاقية في مجتمعاتنا المسلمة والعمل على غرسها وتأكيدها .

أما عن ادلة الرافضين للعمل بالبصمة الوراثية فهنالك عدداً من الأدلة التي استندوا عليها والواردة في كل من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والعقل وكما يلي:-

اولا – القرآن الكريم

استند بعض الفقهاء في عدم جواز الإخذ بالبصمة الوراثية على قوله تعالى " الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلامَ دِيناً ... "[٤] فالآية الكريمة نصت على اكتمال الدين بأحكامه التي لأنقص فيها ، وأن ادعاء وجود مكتشفات وتصرفات جديدة هو اتهام للشريعة بالنقص ، وأن هذه الآية قد نزلت يوم عرفة ولم ينزل بعدها حلال ولا حرام فقد اخبر الله نبيه (ﷺ) أنه قد اكمل لهم الأيمان فلا يحتاجون إلى زيادة ابدا ، فأتمه الله فلا ينقصه ابداً ، ورضيه فلا يسقطه ابداً [٥]. واستندوا بالمنع كذلك على قوله تعالى " تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "[٦] ، فقد منعت الآية الكريمة من جواز اضافة مالم يرد ومن يفعل ذلك كان من الظالمين ،

١- أنظر: د. رفعت فوزي ، ثبوت النسب بين القواعد الشرعية والبصمة الوراثية ، بحث منشور على الموقع الإسلام اليوم *www.islamtoday.net*

٢- أنظر: د.حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٠٥.

٣- أنظر: د. سعد الدين مسعد الهلالي ، مصدر سابق ،ص٦٥٦.

٤- أنظر : الاية (٣) من سورة المائدة.

٥- أنظر : د.جهاد حمد حمد ، مصدر سابق ، ص ٢٩.

٦- أنظر : الآية (٢٢٩) من سورة البقرة.

أي أن هذه الشرائع والإحكام العظيمة والحكيمة التي شرعها لكم هي حدوده فلا تتجاوزوها ،وكانت الإشارة (تلك) للبعيد لبيان سمو الإحكام وقدرتها وعظم منزلتها وجلال مافيها من مصالح واضحة لأصحاب العقول السليمة ،وسميت حدود للإشارة إلى أنها فواصل بين الحق والباطل والمنفعة والمضرة وفي اضافة هذه الحدود اليه –سبحانه– اشعار بأن مخالفتها أنما هي مخالفة له –سبحانه– وأن هذه الحدود لا يتطرق اليها الريب لأنها صادرة من العليم الخبير الذي احسن كل شيء خلقه [١]. بيد أن ما جاء به المعارضين للبصمة الوراثية من ادلة يمكن تفنيدها فقوله تعالى " الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ...." يقصد به كمال الدين وبقواعده الكلية وأن كل تصرف مستحدث تعد من الإحكام الجزئية التي تدخل تحت القواعد الكلية ، اكملت لكم ايها المؤمنون فرائضي عليكم وامري اياكم ونهي وحلالي وحرامي [٢]. وفي تفسير آخر نجد أنها فسرت أن يوم الغدير الذي نصب فيه أمير المؤمنين علي بن ابي طالب (عليه السلام) خليفة بعد الرسول (ﷺ) فأن نعمة الإسلام دون نعمة الأيمان ولاية ناقصة وأن الإسلام ذو درجات واليوم رقيتم إلى الدرجة القصوى فرضي عن المسلمين الحالة التي وصلوا اليها ، فنصب الرسول (ص) الإمام علي خليفة للمسلمين وكان ذلك بعد حجة الوداع [٣].أما قولة تعالى " ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون" فأن هذه الآيه وردت بشأن علائق خاصة بالأسرة منعا من ظلم الأزواج للزوجات فحذرت الآيه من تجاوز الحدود والإحكام الواردة فيها[٤] ، فالآيه لم ترد بشأن عام وإنما بشأن خاص وأن المتأمل في نص الآيه يدرك هذا المعنى[٥].

ثانيا – السنة النبوية الشريفة

روي عن عائشة قالت : قال رسول الله (ص) " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " وفي رواية عنها ايضا " من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد"[٦].فالحديث واضح الدلالة في رد

١- أنظر : محمد الطاهر ابن عاشور ، تفسير التحرير والتنوير ، ج٢ ، الدار التونسية للنشر ، تونس ،١٩٨٤،ص٤١٣.
٢- أنظر : محمد بن جرير الطبري ، مصدر سابق ، ص٥١٨.
٣- أنظر : السيد محمد الحسيني الشيرازي ، تفسير تقريب القرآن إلى الأذهان ، ط١، دار العلوم للتحقيق والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٣، ص٣٨٢.
٤- أنظر : ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، التبيان في تفسير القرآن ، المجلد ٣ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٥٠٣.
٥- أنظر : الآيه (٢٢٩) و (٢٣٠) من سورة البقره . " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاأن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ * فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا أَن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"
٦- أنظر : ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ،باب نقض الإحكام الباطلة ورد محدثات الإمور ، رقم الحديث ٤٤٩٢،مصدر سابق ،ص٧٣١.

وبطلان كل أضافه على شرع الله. وفي حديث آخر عن عائشة عن رسولنا (ﷺ) " مابال الرجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وأن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق" [١] ، فالحديث الشريف عام ونص على بطلان كل شرط لم يرد بشأنه نص وهو ما ينطبق على المستحدثات.

وعند دراسة الحديثين النبويين بتمعن يتضح بأن ليس فيهما أشاره إلى تحريم استحداث تصرفات على سبيل الإطلاق فقد جاء في الحديث (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) وهذا ينطبق على الشروط والتصرفات التي تخالف ما ورد في كتاب الله صراحة ، أما كل مستحدث من شروط وتصرفات لا تعارض نصاً أو شريعة فلا يصرح ببطلانها[٢].

ثالثا ــ العقل

يعد التعـــــامل بالبصمة الوراثية هو تعامل بخلايا الإنسان وهو ما يوجب منعها وحضر التعامل بها ، فالإنسان له حرمة وكرامة [٣] ، كذلك أن الله سبحانه وتعالى هو المنفرد بالتشريع فمن التزم بتصرف أو شرط أو عقد لم ينص عليه الشارع فهو مردود .

لكن يمكن الرد على هذه الحجج بالقول أن التعامل بالبصمة الوراثية لا يهدر كرامة الإنسان ، لأن الإسلام هو من شرع الختتان وامر بالتداوي ولو ببتر العضو الفاسد وتقليم الأظافر والحلق أو التقصير وفي ذلك أهدار لخلايا بشرية وهذا لا يعد هدر لقيمة الإنسان بل على العكس يعد تكريماً للإنسان بمعالجته وتهذيبه ، أما القول بأن الشارع الحكيم هو المنفرد بالتشريع فهذا حق فقد جاء بأحكام مفصلة واخرى اجمالية ليشمل ويستوعب كل المستجدات المستقبلية التي تقتضيها سنة الله في الكون[٤] ، ويعد القول بأن استحداث كل شرط أو تصرف أو عقد لم يرد فيه نص مردود مخالف لقوله تعالى " هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ "[٥] فقد سخر الله لعبادة الأرض وسلك فيها السبل وهيأ فيها المنافع ، فسيروا إذ شأتم في اقطارها وترددوا في اقاليمها وارجائها في أنواع المكاسب والتجارات وحث كذلك علـــى اعمار الأرض والسعي فيها [٦].

١- أنظر : محمد بن اسماعيل البخاري ، مصدر سابق ، ص٩٣.
٢- أنظر : د. سعد الدين مسعد ، مصدر سابق ، ص١٠١.
٣- أنظر : الإيه (٧٠) من سورة الإسراء.(ولقد كرمنا بني ادم)
٤- أنظر : د.جهاد حمد حمد ، مصدر سابق ، ص٣٠ . كذلك انظر :الإيه (٦١) من سورة هود (هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا).
٥- أنظر : الاية (١٥) من سورة الملك
٦- أنظر : ابو الوفداء اسماعيل بن عمر ، تفسير ابن كثير ، مصدر سابق ، ص٥٦٣.

وبعد عرض آراء ووجهات نظر وأدلة وأسانيد كل من الاتجاهين تبين لنا رجحان ما ذهب اليه مؤيدو استخدام البصمة الوراثية ومشروعية العمل بها ،على اعتبار أن الآصل في الأشياء الإباحة فضلاً عن ذلك فقد تلقى الإفراد خبر استخدام البصمة الوراثية بقبول حسن وهذا ما ساعد على أنتشارها بصورة واسعة. فالبصمة الوراثية اثبتت فعاليتها ودورها الكبير في التحقيق الجنائي واثبات النسب بوصفها من القرائن القطعية [1] ،التي تقلل من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي .

إذ ثبت علميا بأن لكل أنسأن نمط خاص في تركيبة الوراثي ينفرد به لا يشاركه فيه أي شخص في العالم ، فهي ترتقي إلى مستوى القرائن إذ أنه في عهد الخلفاء الراشدين قد أخذ بالقرائن الفنية بالإثبات القضائي [2]. فالبصمة الوراثية لها اعتبارها من الناحية الشرعية وبخاصة في مجال اثبات النسب مالم تعارض ماهو أقوى في الدلاله على المقصود فعند التعارض يقدم عليها الفراش والإقرار والبينة لمصلحة الولد في أنتسابه إلى ابيه ، لكن البصمة تقدم على كل من القيافة والقرعة وذلك لقوتها [3]. وتأسيساً على ذلك فالراجح بالفقه الإسلامي يجيز الإخذ بالبصمة الوراثية وفقاً للشروط الشرعية التي سبق تحديدها كقرينة اثبات أو نفي النسب .

المطلب الثاني

التكييف الشرعي للبصمة الوراثية ونطاقها

لابد من التعرف على الإطار الذي يحدد عمل البصمة الوراثية في مجال الإثبات والنفي فيما يتعلق بالنسب ، وما التكييف الشرعي للبصمة الوراثية من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول

التكييف الشرعي للبصمة الوراثية

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على تكييف موحد للبصمة الوراثية فيما أذا كانت قرينة قطعية الدلاله أم ظنية ؟ وحول هذا الاختلاف لابد من التعرف أولا على معنى القرينة وما دورها في الإثبات ومن ثم نتناول اتجاهات الفقهاء المختلفة وحسب الاتي:-

---

١- وهو ماتم التوصل اليه في الندوه الفقهية الطبية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية التي عقدت عام ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م في الكويت. كذلك أنظر : د. وهبه مصطفى الزحيلي ، مصدر سابق ، ص ٥١٤.

٢- ففي زمن الإمام علي عليه السلام عندما جاءت امرأة وعلى ثوبها وفخذها بلل ، وقد احتالت على شاب من الأنصار كأنت تحبه ولم يطاوعها فأدعت أنه غلبها على نفسها وأن ما عليها من مائه ، فأمر الإمام علي عليه السلام بأن يصب على ثوبها الماء الحار فتجمد ما على ثوبها ، واتضح أنه بياض البيض مما يتضح اعتماده على قرائن فنية تعتبر اساس لفكرة القرائن العلمية الدقيقة .للمزيد من التفاصيل أنظر : الشيخ محمد رضا الحكمي ، سلوني قبل أن تفقدوني ، ج٢،ط٣،مطبعة افست خورشيد ، منشورات مكتبة الصدر ، طهران ، ١٤١٦هـ ، ص ٧٧.

٣- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٣٠.

اولا – تعريف القرينة

القرائن بصورة عامة هي جعل امر مشكوك فيه امراً مؤكداً عملا بالغالب والمألوف [١].

أما لغةً فيقصد بها امر يشير إلى المقصود أو يدل على الشيء من غير الاستعمال فيه ، والقرينة مؤنث القرين والنفس والزوجة لأنها تقارن الرجل ، فقرينة الرجل امرأته لمقارنته اياها وقارن الشي مقارنه وقرأنا اي اقترن به وصاحبة [٢]. في حين عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها ما يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول واطلقوا عليها الفاظا مرادفه لها منها القرينة والعلامة والإمارة[٣].أن مفهوم القرينة بوجه عام ينطوي على عنصرين ، الأول هو الاستنباط الذي يسمح بتأكيد الصفة الاحتمالية لواقعة ما استناداً إلى السير الطبيعي للأشياء ، والثاني تفترض القرينة حكما مسبقا على حقيقة غير معروفة بصورة كافية مما تسمح بتكوين فرضية معينة واستبعاد فرضيات اخرى بالرغم من كون تلك الفرضية ليست بحقيقة مؤكدة [٤].

والقرائن على نوعين وهي :

١- القرائن القانونية وهي القرائن التي يقوم بها المشرع من استخلاص واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة ، أو هو استنباط امر غير ثابت من امر ثابت من قبل المشرع [٥] فالإساس للقرينة القانونية هو نص القانون فهو ركنها المنشئ لها ، والنصوص المقررة لقرائن قانونية تعد استثناءً من القواعد العامة في الإثبات لذا يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا ، فالإخذ بهذه القرائن يحتوي على خطورة لأن المشرع يضع القرينة القانونية بصيغة عامة مجردة ، لأنه لا ينظر إلى كل حاله بذاتها كما هو الشأن، بالنسبة للقرائن القضائية ، لهذا فأنه يفضل اللجوء إلى القرائن القانونية في الحالات الضرورية [٦]. والقرينة القانونية تغني من قررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات [٧] فهي تعد وسيلة أعفاء من الإثبات للواقعة غير المعلومة الا أنه مطالب بأثبات الواقعة المعلومة التي تقوم عليها القرينة [٨].

١- أنظر : د.حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط١، بغداد ،١٩٧٥،ص٢٥٣.
٢- أنظر : ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور ، مصدر سابق ، ص٣٨٩.
٣- أنظر : د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ٢٠٥. أما قانونا فقد عرفها القانون المدني الفرنسي المادة ١٣٤٩ بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة . أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٢، مصدر سابق ،ص٣٢٨.
٤- أنظر : د. قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، مصدر سابق ،ص٤٠١.
٥- أنظر : نص الفقره الأولى من المادة ٩٨ من قانون الإثبات العراقي النافذ.
٦- أنظر : سه ركول مصطفى احمد ، البصمة الوراثية وحجيتها في اثبات النسب ، مطابع شتات ، ٢٠١٠،ص٢٢١.
٧- أنظر : نص المادة (٩٩) من قانون الإثبات المصري.
٨- أنظر : د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص٢١٩.

وبصورة عامة هناك نوعان من القرائن القانونية هي قرائن قانونية بسيطة يمكن اثبات عكسها بكافة وسائل الإثبات،وقرائن قانونية قاطعة لا تقبل دحضها بالإقرار أواليمين مالم تكن من النظام العام [١].

٢- القرائن القضائية وهي التي يستنبطها القاضي في ظروف الدعوى وملابساتها بما له من سلطة تقديرية [٢] ، فالقاضي يختار واقعة معلومة ، ثم يستدل بها على الواقعة المراد اثباتها ، ومعنى ذلك أنه لابد من وجود واقعة ثابته لكي يستنبط منها القاضي دليلاً على الواقعة المراد اثباتها ، وفي القرائن القضائية نجد أن المشرع قد ترك الحرية للقاضي في استنباطها [٣]، فهو حر في اختيار الواقعة وحر في استنباط ما تحمله الواقعة من دلالة وكذلك حر في تكوين قناعته، فالقاضي يتمتع بسلطة قضائية بشأن القرائن القضائية لا يتمتع بها بالنسبة للأدلة الأخرى ، اذا أن استنباطه للقرينة لا يتوقف على واقعة معينة أو على ظروف النزاع المعروض امامه ، أنما له أن يستنبط من وقائع خارج دائرة النزاع ، مادامت الأوراق المتعلقة بتلك الواقعة داخلة في الدعوى [٤] .أما بالنسبة للحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية ، فهي الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة على وفق ما نصت عليه الفقره الثانية من المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي وهذه الحالات مقرره بموجب القانون [٥].

وبعد هذا الإيجاز للقرينة وأنواعها إذ أن لكل منها حجيتها في الإثبات ، الا أن السؤال الذي يتبادر للأذهان هو هل من الممكن أن تتحول القرينة القضائية إلى قرينة قانونية؟ أن الفرق الأساسي بين القرينتين كلتيهما هو صفة الإلزامية التي تتمتع بها القرينة القانونية بينما لأنجده في القرينة القضائية ، أي أنه عندما تكتسب القرائن القضائية صفة الإلزامية تتحول إلى قرينة قانونية ، ولكن كيف يمكن اعطاؤها هذه الصفة ؟ أن هذه الصفة يمكن أن تكتسب بطريقين وهما:-

١- تحول القرائن القضائية إلى الزامية دون تدخل المشرع

من الناحية المنطقية لا يوجد فرق بين القرائن القانونية والقرائن القضائية ، لأن كلتيهما ينطوي على استخلاص النتائج من الواقعة المعلومة لمعرفة واقعه مجهولة ، الا أنه من الناحية القانونية تتميز عنها من كون أن القرينة القانونية تتمتع بصفة الإلزام ولكن يمكن اعطاؤها هذه الصفة فبالنسبة لصنف

١- أنظر : نص المادة (١٠١) من قانون الإثبات العراقي النافذ.
٢- أنظر : نص الفقره الأولى من المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي (القرينة القضائية هي استنباط القاضي امر غير ثابت من امر ثابت لدية في منظور الدعوى).
٣- أنظر : د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ١٨٥.
٤- أنظر: د.عبد الحميد الشواربي،الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي،منشأة المعارف،مصر،بلا سنة، ص١٨.
٥- أنظر : المواد(٧٦- ٧٧- ٧٨- ٧٩) من قانون الإثبات العراقي إذ حدد الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة.

واحد من المنازعات تتميز بتماثل الوقائع ووحدة الحلول وقد يصلنا إلى تحديد وجه معين للأثبات بالنسبة لهذه الوقائع ، وينتهي الأمر إلى استخلاص قرينه من هذه الواقعة والزام القضاء على تطبيقها عند تحقق الواقعة التي استمدت منها ، وهذا يعني أن القرينة القضائية في هذا النوع تصبح ملزمة لتواتر العمل بها امام المحاكم [١]، كذلك أن وجود رقابة محكمة التمييز للأحكام التي تصدر من محاكم الدرجة الأولى دور في ذلك لأن القاضي يجب عليه عند ايجاد الحلول أن لا يخالف الاستنتاجات السابقة في الواقعة المماثلة ، وبهذا تتحول القرينة القضائية من قرينة بسيطة في طرق الإثبات إلى قاعدة عامة والزامية بالنسبة للقاضي ، فنجد أن قوة الإلزامية بهذه القرائن جاءت نتيجة تكرارها وعليه فأن هذا التكرار يولد احساسا بأن هذه القرينة قد اصبحت مفروضة عليه [٢].

٢- تحول القرينة القضائية إلى قرينة قانونية عن طريق تدخل المشرع

على العكس من الحالة السابقة هنا يتدخل المشرع ليجعل القرينة القضائية قرينة قانونية بكل معنى الكلمة عن طريق النص عليها في القانون ، لأن المشرع قد أدرك أن قرينة معينه اصبحت ملزمة لدى القضاء ولم تكون متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى ، مما يجعلها جديرة بأن ينص عليها القانون ، وفي الواقع أن أغلب القرائن القانونية هي قرائن قضائية في أصلها [٣].

وبعد هذا العرض للقرائن وصورها وقوة الإثبات فيها ، نجد أنه عند تطبيقها على البصمة الوراثية ، إذ أنه مما لاشك فيه أن هذه الوسيلة تعد من القرائن القضائية على وفق نص المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

ثانيا – الاتجاهات الفقهية في تكييف البصمة الوراثية

تعددت آراء الفقهاء في تكييف البصمة الوراثية إلى ثلاثة اتجاهات وهي :-

الاتجاه الأول – ذهب بعض من فقهاء المذهب الحنفي إلى القول بأن البصمة الوراثية هي قرينة ظنية لاتصل إلى مستوى القرائن القطعية [١]. وقد استند الفقهاء في ذلك على أن الأدلة المعتبرة

١- أنظر : د. قيس عبد الستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، مصدر سابق ، ١٠٥ .

٢- الا أنه بالرغم من ذلك لسنا بصدد قرينه قانونية بالمعنى الدقيق فهي لاتزال قرينة قضائية لكنها تتفق مع القرينة القضائية من إذ الخصائص عدا ما يتعلق بالمصدر المنشئ ، فالقرينة القانونية مصدرها القانون والقرينة القضائية مصدرها القاضي.

٣- أنظر : سه ركول مصطفى احمد ، مصدر سابق ،ص٢٢٥.

٤- أنظر : د.خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية واثرها في الإحكام الفقهية، دار النفائس، الاردن ، ٢٠٠٦،ص٢٣٠.

والشرعية في اثبات النسب هي الفراش والإقرار والبينة ، فضلاً عن ذلك أن هنالك ثوابت تتعلق بالعادات والتقاليد خاصة بالمناطق ذات الطابع العشائري والتي ترفض الخضوع لتحليل البصمة الوراثية ، فهي بناءً على ذلك لا تتعلق فقط بالرجل والمرأة [١].

الاتجاه الثاني – اصحاب هذا الاتجاه وهم بعضهم الآخر من فقهاء المذهب الحنفي يرون بأن البصمة الوراثية قطعية الدلالة [٢] ، مستندين في ذلك إلى قوله تعالى " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَأن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ" [٣] ، فقوله تعالى (ادعوهم لابائهم) في الآيه الكريمة هو أمر بأن ينسب كل ولد لوالده الحقيقي ، وهو ما يسمى بالأب البيولوجي وتعد البصمة الوراثية وسيلة حديثة ومتطورة ودقيقة في تنفيذ أمر الله في معرفة الأب الحقيقي[٤].

الاتجاه الثالث – يرى اصحاب هذا الاتجاه وهم فقهاء المذهب الإمامي أن البصمة الوراثية قرينة قوية ولكن لا يمكن أن يقام بها الحكم بصورة مستقلة مالم تسندها أدلة أخرى ، أي أن الأدلة الشرعية هي الأصل ولا تقدم على أي دليل شرعي [٥]. وأن ما استند عليه اصحاب هذا الاتجاه هو الطمأنينة ، فالأدلة الشرعية تبعث الطمأنينة في نفس القاضي على خلاف البصمة الوراثية لأن أجراء تحليل البصمة الوراثية لا يتضمن مشاهدة من قبل القاضي على عكس الأدلة الشرعية كالإقرار والشهادة التي تعد أدلة ملموسة التي لها تأثير في نفسية القاضي ، فضلاً عن ذلك أن القاضي ليس لديه أي معلومة عن العاملين في مختبرات البصمة الوراثية أو الظروف التي تحيط بها مما يولد الشك وعدم الطمأنينة من نتائج البصمة الوراثية ، وهذا ما جعلها قرينة قوية فقط [٦].

بعد التعرف على ما جاء به اصحاب الاتجاهات السابقة وماصاغوا من أدله تعزز حججهم ، نعتقد بأن البصمة الوراثية قرينة قطعيه الدلاله وبهذا نتفق مع اصحاب الاتجاه الثاني ،لأن ما جاءت به التجارب العلمية من اثباتات للأبوة بوساطة البصمة الوراثية تصل إلى نسبة ١٠٠% . وأن الشكوك التي تتولد لدى القاضي وعدم الطمأنينة حسب ما جاء به اصحاب الاتجاه الثالث يمكن معالجتها من خلال حصر المختبرات التي تجري بها التحليلات بالجهات الحكومية واحاطتها بمجموعة من الشروط الأمر الذي يعلو من شأنها من ناحية المصداقية ، فضلاً عن ذلك عدم السماح لأي شخص

١- أنظر : د. علي محي الدين القرداغي ، مصدر سابق ،ص٢٦.
٢- أنظر : د. عمر الأصم ، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات ، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، المجلد ٤ ، الإمارات ، ٢٠٠٠، ص٦٠.
٣- أنظر : الآيه (٥٦) من سورة البقرة .
٤- أنظر : د. جهاد حمد حمد ، مصدر سابق ،ص١٠٠.
٥- أنظر : د . علي الموسوي ، مصدر سابق ، ص١٦٥.
٦- أنظر : د. عمر الأصم ، المصدر نفسة ، ص٦٥.

العمل بالمختبرات الامن تتوافر فيه مجموعة من الشروط الازمة للعمل بمختبرات البصمة الوراثية التي من اهمها الكفاءة العلمية والثقة والعدالة .

الفرع الثاني
نطاق استخدام البصمة الوراثية

لقد اخذت قضايا النسب ثبوتاً أو نفياً ما تستحقه من عناية في العصور التي تحولت فيها البشرية من عصر الشيوع الجنسي إلى تخصص العلاقات الجنسية بين الرجال والنساء وهو أن دل على شيء دل على حرص الناس في كل المجتمعات التي أخذت بشيء من التحضر على الاهتمام بنسب الإنسان [١] ، إذ قال تعالى " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ "[٢] ، اي أنسبوا الأولاد لآبائهم الحقيقين وهذا اعدل عند الله بأن ينسب الشخص إلى ابيه ، وقد كان للتقدم العلمي وإمكانية الاستفادة منه دوراً كبيراً في مجال الإثبات والنفي ، ولكن السؤال الذي يعرض هنا إلى أي مدى يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في اثبات النسب ونفيه ؟ أن الإجابة على هذا السؤال يلزمنا تقسيم الفرع إلى نقطتين الأولى لأثبات النسب باستخدام البصمة الوراثية ، والثانية لنفي النسب باستخدام البصمة الوراثية وحسب الآتي :-

اولاً – اثبات النسب باستخدام البصمة الوراثية

يهدف الشارع إلى اثبات النسب بأدنى سبب ، وأن ملاحظة انتقال الصفات الوراثية عبر الأجيال ليست وليدة العصر الحديث فقد لاحظ الإنسان منذ القدم وجود صفات ظاهرية تنتقل من الإباء والأجداد إلى الأبناء كالطول ولون العينين وشكل أصابع الأيدي و الأرجل ، أما اليوم فقد أضاف التقدم البيولوجي في مجال علم الوراثة معطيات علمية اكثر تطوراً ، فاكتشاف حمض معين في جسم الأنسان مكن من اكتشاف تركيب هذا الحمض إذ يمتاز بأنه يحمل الصفات الوراثية الخاصة بكل فرد التي تبقى متلازمة له طول حياته [٣]. وأن ما ذهب اليه جمهور القائلين بالقيافة [٤] بأن البصمة الوراثية هي صورة متطورة من القيافة [٥] ، مستندين إلى ما روي عن نبينا الكريم (ﷺ) بأن الناس شككت في نسب اسامة من زيد فجاء القائف ورأى اسامة وزيد وعليهما قطيفة قد

١- أنظر : د. فريد الزاهي ، عصر الجينات ، ط١ ، مطبعة كلمة ، الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠١٢، ص٣٥.
٢- أنظر : الاية (٥) من سورة الأحزاب.
٣- أنظر : د. محمد محمد ابو زيد ، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد الأول ، السنة ٢٠ ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ، الكويت ، ص ٢٩٦.
٤- مالك بن أنس ابو عبد الله ، الموطأ ، ج٣،مصدر سابق ، ص٤١٦ . ابو زكريا محي الدين النوري ، ج٢، مصدر سابق ،ص٤٢٨.
٥- أنظر د. أنور دبور ، اثبات النسب بطرق القيافة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥، ص١١.

غطيا رؤوسهما وبدت اقدامهما فقال القائف هذه الأقدام بعضها من بعض فسر النبي (ﷺ) بذلك ووضع القائف حداً لكلام الطاعنيين بنسب اسامة لشدة بياضة وحمرته وشدة سواد ابيه زيد [١].الا أنه لا يمكن الاعتماد على قول القائف في اثبات النسب وأن البصمة الوراثية صورة منها ، لأن القيافة أسلوب يقوم على مجرد الشبه المبني على الظن والتخمين والشبه قد يقع بين الأجانب وينتفى عن الأقارب ، وعند تحليل سرور نبينا الأكرم (ﷺ) بشأن ما قالـــه في اسامة وزيد فهو لا يدل على ثبوت النسب بالاعتماد على قول القائف لأن نسب اسامة من زيد كان ثابتاً بالفراش من قبل وأن سروره (ﷺ) كان لأن كلام القائف قطع السنة الطاعنيين بنسب اسامة من زيد وكفهم عن الكلام [٢]. فالصفات الوراثية للأولاد سواء أكانوا ذكوراً أم أناثاً أصلها من الأب والأم ، يقول الباحثين أن التحاليل التي تتم بالكشف عن البصمة الوراثية جعلت إمكانية الخطأ أمراً صعباً جداً ، فقد استطاع الباحثون البريطانيون حساب الاحتمالات لإمكانية التشابه بين شخصين ليس من الأقرباء في البصمة الوراثية فوجدوا أن الاحتمالية تكاد تكون صفراٍ وكذلك الحال بين الأخوة فأن فرصة التشابه في هذا النمط الوراثي تصل إلى واحد بالمليون [٣].أن الاعتماد على البصمة الوراثية في اثبات النسب يكون في كل الحالات باستثناء وجود طفل بين زوجين لأن حالة الفراش اقوى من غيرها . ويمكن ادراج الحالات التي يمكن استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب وهي :-

١- حالات تبديل المواليد في المستشفيات

احياناً يتم تسليم مولود إلى غير ابويه عن طريق الخطأ أو عمداً أو حالات الطوارئ التي يتم بها خلط المواليد حديثي الولادة مع بعضهم البعض خاصة في حالات الإخلاء السريع ، فيتنازع رجلان على المولود عند ذلك يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية بتحليل الحمض النووي (d.n.a) لأمهات وأباء المواليد والمواليد أنفسهم ومن ثم مقارنة البصمة بين الطفلين وكلا الرجلين إذ يمكن اثبات النسب لاحدهما ، لأن البصمة الوراثية تعتمد على التشابه والتطابق في كل مايمكن أن يكون متوارث بين الأبوين ، فمعطياتها قطعية ويقينيه بنسبة ٩٩% ومن المستحيل وجود تطابق بين بصمتين بصورة تامة ، فهي طريقة علمية محمودة يهتدى اليها للتعرف على المواليد عند اختلاطهم [٤].

١- أنظر : ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، مصدر سابق ، كتاب الرضاع ، باب الحاق القائف الولد ، حديث رقم ١٤٥٩ ،ص٩٢١.
٢- أنظر: د. سعد الدين مسعد ، مصدر سابق ،ص٢١٣.
٣- أنظر : د. صديقة العوضي و د. رزق النجار ، دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة ، بحث مقدم إلى ندوة الهندسية الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، الكويت ، ١٩٩٨ ، ص٧٨.
٤- أنظر : د. ابراهيم صادق الجندي ، البصمة الوراثية كدليل فني امام المحاكم ، بحث منشور في مجلة البحوث الأمنية ، العدد١٩، السعودية ، ٢٠٠١، ص٤٠.

٢ــ التحقق من هوية الأشخاص

يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حالات الحوادث والكوارث الطبيعية الجماعية وحوادث الطائرات وعودة الأسرى والمفقودين الذين مضى عليهم مده طويله ، وحالة الجثث المتعفنه والمتفحمة والمقابر الجماعية ، كذلك في حالة التمثيل بالجثث بصوره يصعب التعرف عليها لضياع معالمها بل أنه قد يعثر على اجزاء صغيره من الجسد [١] ، ولعل ماحدث في مجزة سبايكر بتاريخ ٢٠١٤/٦/١٢وتفجير الكرادة بتاريخ ٢٠١٦/٧/٣ خير دليل على ذلك.

٣ ــ تحديد درجة القرابة بين الإفراد

تستخدم البصمة الوراثية لأثبات درجة القرابة ، ومعرفة الأقارب من غير الأقارب ، وبخاصة في حالة الادعاء بالقرابة لغرض الحصول على الإرث ، وحالة الهجرة إلى دول أخرى اذ يدعي المهاجر بأن الأشخاص الذين بصحبته هم أولاده ويطلب تسهيل دخولهم لبلد والحصول على الإقامة الشرعية ومن ثم الجنسية ، ويستفاد كذلك من البصمة في حالة المتاجرة بالأطفال نتيجة اختطافهم أو شرائهم لغرض اعادتهم إلى ذويهم [٢].

٤ ــ حالات التنازع بالنسب

يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في حالات التنازع سواء كأن مجهول النسب وبمختلف صور التنازع سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسب انتفاء الأدلة أو تساويها ، وحالة تنازع شخصين في مولود امرأة زوجه لاحدهما ومطلقة من الآخر كالمطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً وتزوجت برجل أخر وأنجبت في ادنى مدة الحمل أو اقصى مدة الحمل أو قبل انقضاء العدة فهنا تثور المشكلة هل المولود يثبت للأول ام للثاني أو قد تكون أنجبت توأماً فهل من الممكن أن تكون المرآة قد حملت من رجلين ؟ أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ، استناداً لقولة تعالى " وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا " [٣] وقوله تعالى" وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ مَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ " [٤] وقوله تعالى " وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ " [٥]، فالآية الأولى ذكرت الحمل والفطام في سنتين ونصف السنة ، أما الآية الثانية والثالثة ذكرت أن الفطام أو الرضاع في سنتان فقط فأذا

١- أنظر :د. محمد رأفت عثمان ، مصدر سابق ، ٥٥٨.
٢- أنظر : د. عبد الرشيد محمد امين ، البصمة الوراثية وحجيتها ، بحث منشور في مجلة العدل ، العدد ٢٣، ٢٠٠٥، السعودية،ص٥٥.
٣- أنظر : الاية (١٥) من سورة الإحقاف.
٤- أنظر : الإيه (٢٣٣) من سورة البقرة.
٥- أنظر : الاية (١٤) من سورة لقمأن.

ماجاءت بالمولود دون الستة أشهر من حين تزويجها بالثاني فلا يلحق الولد بالزوج الثاني لأنها تكون قد علقت قبل تزويجها بالثاني من الأول ، واذا ما ألتبس الإمر يمكن حل هذا التنازع بالرجوع للبصمة الوراثية لتحديد الأب الحقيقي .

وأن القول بأن مدة الحمل تمتد لسنتين من غير وجود دليل لا يؤخذ به لأنه من الناحية الطبية فترة الحمل تستمر (٢٨٠ يوم) تقريبا بعد اليوم الأول من اخر حيضة [١]، ويستحيل أن يخلق الشخص الواحد من مائين فلا يمكن الحاق المولود لرجلين [٢] ، وحالة تنازع امرأتين في أمومة طفل فهنا يقدم ادعاء من كانت لها بينة اي شهود عدول على أدعاء من لم يكن لها بينه ، فاذا لم تكن هناك بينه أو كانت متساويتان يتم اللجوء للبصمة الوراثية ، وحالة الاشتراك في وطئ مشبوه وحصول الحمل ، وحالة رجل يدعي نسب شاب مجهول النسب أو العكس ، وكذلك اذا ادعت المرأة أن مولودها يخص رجلاً معيناً لإجباره على الزواج أو طمعاً في ميراث أو نفقة فيتم التحقق من ذلك عن طريق البصمة الوراثية [٣].علماً أنه لا يجوز اثبات النسب بالبصمة الوراثية في حالة اذا اقر رجل بنسب مجهول وتوافرت فيه شروط الإقرار فعندئذ لا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية ، للأجماع على ثبوت النسب بمجرد الاقرار [٤] ، كذلك اذا ما اقر بعض الأخوة بالنسب فهذا الإقرار لا يكون حجة على الغير ولايثبت به نسب وآثاره تقتصر على المقر فقط فيما يتعلق بنصيبة من الميراث [٥] .

ولعل السؤال الذي يعرض هل من الممكن التأكد من النسب الثابت عن طريق البصمة الوراثية ؟ إذ قال تعالى في محكم كتابة " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا " [٦] ، فالآية الكريمة تأمر بالتبصر للحقائق والتأكد منها ، وبالاستناد إلى هذه الآيه هل يجوز التثبت من النسب المعروف بخاصة وأن الإسلام احاط النسب بحضانة كبيرة حفاظاً على استقرار المعاملات؟ للإجابة على التساؤل يجب التفريق بين اذا كان هنالك مسح شامل للنسب اي تحقق جماعي أو كان التحقق فـردي.

١- أنظر : د. تاج الدين محمود ، مصدر سابق ، ص٦٥.

٢- لأن البويضة لايلقحها الا حيوان منوي واحد وهذه البويضة تحتاج إلى فترة سبعة ايام ليستقر الحمل و يستحيل أن تحمل المرأة مرة اخرى ، وهنا يظهر اعجاز الشريعة الإسلامية في تشريع العدة لنع اختلاط الإنساب . أنظر : د. ابراهيم صادق الجندي ، الفحص الجيني ودوره في تنازع النسب ، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، المجلد ٤ ، الإمارات ، ٢٠٠٠،ص٦٤٨.

٣- أنظر : صفاء عادل سامي ، مصدر سابق ، ص ١٦٤.

٤- أنظر : علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، مصدر سابق ، ص٢٣١. أنظر : الفقيه وجداني فخر ، الجواهر الفخرية ، مصدر سابق ، ٧٧.

٥- أنظر : الآيه (٢٥) من سورة النبأ.

٦- أنظر الآيه (٩٤) من سورة النساء.

ففي حالة اذا كان التحقق شامل للنسب إذ من شأن ذلك فتح باب من البلاء لا تحمد عقباه وذلك لما فيه من تشكيك لذمم الناس وأعراضهم وانهيار رابطة القربى والتراحم وتزرع العداء بين الأقارب والأرحام وقد عد النبي (ﷺ) الطعن في الأنساب من امور الجاهلية[١] ، فالشريعة الإسلامية تحرم مثل هذا العمل ولا يجوز الإخذ به ،أما بالنسبة للتحقق الفردي فأنه جائز في حالة اذا كان هناك تنازع في الولد كأن يدعي رجلان أو امرأتان الولد ولم يكن لديهم اي دليل أو بينه ففي هذه الحالة يمكن اللجوء للبصمة الوراثية لحسم الخلاف ، ولكن اذا كان الشخص معروف النسب بأي وجه من الوجوه الشرعية فلا يجوز له التحقق من نسبة وذلك لما فيه من عقوق للوالدين وقطيعة للرحم وطعن بالإباء والأمهات وما يلحقه من اضرار نفسية واجتماعية بالإفراد والأسرة والمجتمع ، ويقوض بنيان الأسر ويزرع العداء خاصة اذا ثبت عدم صدق النسب [٢] . فقد جاء في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَسْأَلُواْ عَنْ أَشْيَاء إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ .."[٣] ، فمن خلال هذه الآيه يتضح أن الله سبحانه وتعالى نهى المؤمنين عن السؤال عن اشياء سكت الله عنها في كتابة ، وعن اشياء هي خافية عليهم ولو بدت لهم سائتهم ، فهي أن ظهرت لكم تسبب لكم الحزن والسوء والصعوبة عليكم ، كسؤالكم عن صحة نسبكم لأباءكم[٤]. فعن ابن أنس بن مالك أن رسول الله (ﷺ) خرج حين زاغت الشمس فصلى الظهر فقام على المنبر فذكر الساعة وذكر أن فيها امور عظام ثم قال من احب أن يسألني فليسأل ، فلا تسألوني عن شيء الا اخبرتكم مادمت في مقامي هذا ، فقام عبد الله بن حذافة السهمي فقال من ابي ؟ فقال الرسول (ﷺ) أبوك حذافة [٥]، وعن ابن شهاب قال اخبرني عبيد الله بن ابي عبد الله بن عتبه قال : قالت ام عبد الله بن حذافة لعبد الله بن حذافة ما سمعت بأبن قط أعق منك ؟ أأمنت أن تكون أمك قد قارفت بعض ما تقارف نساء أهل الجاهلية فتفضحها على أعين الناس ؟ قال عبد الله بن حذافة والله لو لحقني بعبد أسود للحقته [٦] . لذا لا يجوز في محاوله التحقق من صحة النسب بعد ثبوته عن طريق البصمة الوراثية سواء اكان التحقق فردياً ام جماعياً لوجود المفاسد في كليهما ، بيد أن الأستعانة بالبصمة الوراثية لا يكون الا في حالة الضرورة فقط وهي حالات استثنائية والضرورة تقدر بقدرها فلا يسمح بتجاوزها ، وقد كان الشارع حكيماً عندما دعا إلى سد هذا الباب الخطير .

١- فقد روي عن ابن مالك الإشعري أن النبي (ص) قال (اربع في امتي من امر الجاهلية لايتركونهن الفخر في الأحساب والطعن في الأنساب والاستسقاء بالنجوم والنياحة) أنظر : ابي الحسن مسلم ، مصدر سابق ،ص٣٦٢ .
٢- أنظر : د. عبد الرشيد محمد امين ، مصدر سابق ، ص٥٧.
٣- أنظر : الاية ١٠١ من سوره المائدة .
٤- أنظر : السيد محمد الحسيني الشيرازي ، مصدر سابق ، ص٢٠٥.
٥- أنظر : محمد بن اسماعيل البخاري ، مصدر سابق ، حديث رقم ٥٠٤، ص١١٢١.
٦- أنظر : ابي الحسن مسلم بن الحجاج ، مصدر نفسه ، حديث رقم ١٨٣٢، ص٧١٢.

ونظراً لحرمة التحقق من النسب الثابت خاصة اذا كان بدافع التشفي والتأكد الزائد فأنه وعلى السلطات المختصة بالدول التي تستمد تشريعات الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية خاصة منع ذلك والحيلولة من غير اساءة استعمال هذه التقنية لأغراض غير ذات اعتبار وفرض إجراءات رادعة لتحقيق هذا الهدف وأن لا يتم اجراء هذا التحليل الا بناءً على أمر من السلطة القضائية أو الجهات الحكومية المختصة [١].

ثانيا – نفي النسب باستخدام البصمة الوراثية

يقصد بنفي النسب هو أنكارة بعد ثبوته ، كأن يدعي الزوج أن الولد الذي أنجبته زوجته ليس ابنة والسبيل إلى ذلك هو أن تعتمد البينة وهو ما طلبه الرسول (ﷺ) ممن اتهم زوجته ولكن لخصوصية الحالة حالت دون اعمال قواعد الإثبات ، أن الشارع الحكيم حصر نفي النسب بطريق واحد فقط الا وهو اللعان ، فأذا ما ثبت النسب بأحد الطرق الشرعية (فراش ، إقرار، بينة) فلا ينفى الا باللعان [٢]،هذا وأن فقهاء الشريعة الإسلامية اجمعوا على مشروعية اللعان ووضعوا الإحكام والشروط الخاصة به [٣].والتساؤل الذي يعرض هنا هل يمكن الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب وتكون عوضا عن اللعان ؟ اختلف الفقهاء بعد اكتشاف البصمة الوراثية حول مدى الاعتماد على البصمة في نفي النسب ام لابد من اجراء اللعان .

الرأي الأول :- يذهب أنصار هذا الرأي من المذهب الحنفي إلى الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب وأن تحل محل اللعان وتقدم عليه [٤]، فأذا شك الرجل في نسب الولد اليه وقام بإجراء اختبار البصمة الوراثية واثبتت النتائج صحتها بأن الولد ليس منه ، فلا حاجة للملاعنة لأن الزوج

١- أنظر : د. محمد العارف ، مسائل شرعية في الجينات البشرية ، دار الحرية ، القاهره ، ١٩٩١،ص٩٧.

٢- اللعان في اللغة هو مصدر لاعن ويعني الطرد والإبعاد ولاعن امرأته ملاعنه ولعانا لعن بعض بعضا ، قال تعالى (وأن عليك اللعنة إلى يوم الدين) أنظر : الآيه (٣٥) من سورة الحجر. اي الطرد والإبعاد من الرحمة . أنظر : فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، ج٤، مكتبة احياء التراث الجعفري ، مطبعة طراوت ، ايران ، ١٤٠٨هـ ، ص١٢٤. وتتجدر الإشارة إلى أن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وقانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ والمعدل بموجب القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل بموجب القانون رقم ١ لسنه ٢٠٠٠، لم يتطرق لتعريف اللعان ، ولكن نجد أن القانون اليمني عرفه بأنه (أيمان يكذب بها كل من الزوجين الآخر به يرتفع النكاح بينهما بحكم المحكمة) أنظر : المادة ١٠٨ من القانون اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢.أما تعريف اللعان في الشريعة الإسلامية فقد عرف بأنه (مباهلة خاصة بين الزوجين اثرها رفع الحد أو نفي الولد) أنظر : السيد علي السيستاني ، مصدر سابق، ص٢١٣. وللمزيد أنظر : الشيخ لطف الله الصافي ، هداية العباد ، ط١،ج٢،دار القرآن الكريم ، قم ، ١٣٦٢هـ ، ص٣٣٦.

٣- أنظر : السيد محمد صادق الروحاني ، فقه الصادق (ع) ، ج١٢،ط٣، مؤسسة الكتب الثقافية ، قم ، ١٤١٤هـ ، ص٤٢٥. وكذلك أنظر : ابي بكر محمد السرخسي ، مصدر سابق ، ج٧،ص٣٧٥.

٤- أنظر : نصر فريد واصل ، مصدر سابق، ص٢٩.

يمتلك الدليل الذي يثبت يقينا أن الولد ليس منه ، ويبقى حق الزوجة للمطالبة باللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون قد حملت بوطء شبهه [١]. من هذا يتضح أن للبصمة الوراثية اثرين في نفي النسب وهو دليل مع الزوج او ضده فأن كان معه فلا حاجة لاجراء اللعان الا من اجل المرأة لكي تدفع عنها الحد ، وأن كأن ضده وتبين أن الولد منه وجب عليه حد القذف ، أما عن السند الشرعي الذي استندوا اليه اصحاب هذا الرأي هو قوله تعالى " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ " [٢] ، ووجه الدلاله أن الزوج يلجا إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما قذف زوجته ، ولا يكون للزوج دليل على ما يدعيه ، ولكن اذا ما كان معه بينه كالبصمة الوراثية فلا حاجة للعان . بيد أن ما يرد على ذلك هو أن الآيه الكريمة تتحدث عن الشهود وفي حالة عدم وجود الشهود وجب العمل باللعان [٣] ، فضلاً عن ذلك لا يلزم من اقامة البينة على زنا الزوجة نفي النسب من غير لعان ، لأنهما بينتان مختلفتان فكل واحدة منهما يحصل بها مالا يحصل بالأخرى ،فباللعان يحصل نفي النسب ،ولا يحصل ذلك بالبينة ، ويكون بالبينة ثبوت الزنا واقامة الحد على الزوجة ولا يكون باللعان لهذا فأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي الا باللعان مادام يولد لمثل الزوج[٤]. أما ما استدلوا عليه من السنة الشريفة فيما جاء بملاعنة هلال بن امية لامرأته فاستندوا على أن النبي (ﷺ) جعل عدم مشابهة الولد للزوج دليلاً على أنه ليس منه وأنه منفي عنه بدليل قوله أن جاءت به على وجه كذا فهو لشريك بن سمحاء ، وفي هذا اعتبار للشبه – الصفات الجينية - إذ جعله النبي دالاً على نفي النسب عن الزوج ، وهو عين ما تقوم به البصمة الوراثية . الا أن مايرد على هذا الاستدلال بأنه ليس في الحديث مايدل على اعتبار التعويل على الصفات الجينية في نفي النسب ، بدليل أن الرسول (ﷺ) لم يلحق الولد بمشبهه بالحكم وأنما نفاه عن الزوج بناءً على لعانه ، فقول النبي (ﷺ) لولا ما مضى من كتاب الله وسنة نبيه لكأن لي ولها شأن ، أي اللعان لأن اللعان سبب اقوى من الشبه وعليه لا يصار إلى البصمة الوراثية مع وجود ماهو اقوى منها وهو اللعان [٥].

الرأي الثاني :– اصحاب هذا الرأي وهم فقهاء المذهب الإمامي وبعض من فقهاء المذهب الحنفي إذ يرون أن النسب لا ينتفى من الزوج مطلقاً الا باللعان واذا أنتفى اللعان امتنع نفي النسب [٦].

١- أنظر : د. سعد الدين الهلالي ، مصدر سابق ، ص ٣٥١.
٢- أنظر : الآيه (٦) من سورة النور.
٣- أنظر : د. خليفة علي الكعبي ، مصدر سابق ، ص ٤٤٥.
٤- أنظر : علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ص ٢٤٠.
٥- أنظر : د. محمد الزحيلي ، مصدر سابق ، ص٥٤٥.
٦- أنظر : الكاساني ، مصدر نفسه ، ص٢٣٩. وأنظر : محمد حسن ترحيني العاملي، مصدر سابق ، ص٢٦٠.

واستندوا في ذلك بقوله سبحانه " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ "[١]. فالآية الكريمة ذكرت أن الزوج اذا لم يكن له اربع شهداء يشهدوا ماقد شهدوا ، أي أن شهادة القاذف وهو واحد تعادل أربع شهادات متعلقة بالله أنه لمن الصادقين فيما يخبر به من القذف [٢] ، فلا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان وهذا ماذهب اليه قرار رابطة المجمع الفقهي الإسلامي بقرارهم الذي نص بأنه لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية بنفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان ، لأن الإخذ بالبصمة الوراثية عوضاً عن اللعان هو جراءه على ابطال النصوص الشرعية والغاء العمل بها وهذا لا يجوز لأنه لا يكون ذلك الا بنص شرعي يدل على نسخها وهو أمر مستحيل لأنه لا يمكن الغاء الحكم الشرعي على وفق نظريات مضنونه [٣]. ولكي ينتج اللعان آثاره لابد أن تكون الزوجية قائمة ، اي الزوجية الصحيحة فلا لعان للمطلقة طلاقاً بائناً أو الزوجة الميتة ، أما المطلقة طلاقاً رجعياً وتم قذفها بالزنا فيما بعد وجب اللعان لأن الله سبحانه وتعالى خصص اللعان بالأزواج فقط [٤]، واللعان يصح بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق سواء كانا من أهل الشهادة أو لم يكونا من أهلها [٥].

والسؤال الذي يعرض هنا أنه قد يكون احد الزوجين أو كلاهما اخرس فهل يصح اللعان في هذه الحالة أم يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية كاستثناء؟ للمذاهب الإسلامية تفصيل في ذلك إذ ذهب الأمامية إلى القول بأنه اذا كانت للزوج اشارة معقولة او مفهومة إذ يستدل منها على ماهو مطلوب في الملاعنة يصح لعانه [٦]. أما الحنفية فقد ذهبوا إلى عدم صحة لعان الأخرس لأن اللعان عندهم هو شهادات مؤكدات والأخرس ليس اهلاً للشهادة [٧] ، في حين اذا كانت الزوجة هي الخرساء فقد تم الاتفاق من قبل المذهب الإمامي والحنفي على عدم صحة اللعان منها [٨] ، وعليه لا يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية عوضاً عن اللعان حتى في حالة الخرس لأن اللعان هو وسيلة شرعت لدفع

١- أنظر : الآيه (٦) من سورة النور .
٢- أنظر : محمد حسين الطبطبائي ، مصدر سابق ، ص٨١.
٣- أنظر : د. عمر السبيل ، مصدر سابق ، ص٤٧.
٤- أنظر : علاء الدين السمرقندي ، مصدر سابق ، ص٢١٩. وكذلك أنظر : السيد علي السيستاني ، مصدر سابق ، مسألة ٦٦١،ص١١٥.
٥- أنظر : الشيخ الطوسي ، الخلاف ،ط٢،ج٥،مؤسسه النشر الإسلامية التابعة لجماعة المدرسين ، قم ، ١٤٢٠هـ مسألة ٢،ص٦.
٦- أنظر : الشريف المرتضى ، الانتصار ، ط١ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤١٥هـ ، ص٥٦١.
٧- أنظر : علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، مصدر سابق ، ٢٤٨ ، وكذلك أنظر : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، مصدر سابق،ص٤٩٠.
٨- أنظر : الشيخ الطوسي ، مصدر سابق ، مسألة ٩ ، ص١٣. وكذلك أنظر : السرخسي ، مصدر سابق ، ص٤٢.

العار إذ جعله الشارع طريقاً لاسقاط الحد عن الزوج الذي قذف زوجته أن لمَ يكنْ له بينه على زناها وهو وسيلة ايضا للزوجة لدرء الحد عنها بعد ملاعنه الزوج، كذلك لابد لصحة اللعان أن يكـــون القاذف بالغاً عاقلاً وأن تكون المقذوفة بالغة وعاقلة ، ولابد لصحة لعان الزوج أن لا يصدر منه اقرار بالولد سواء أكان صريحاً ام ضمنياً فذلك يؤدي إلى عدم سماع أنكاره مثل أن يبشر فيه فيقال له (بارك الله لك في مولودك) فيقول (آمين) ، بل أنه اذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع انتفاء العذر لم يكن له أنكار بعد ذلك [١].

ومما تقدم يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية باللعان في حالات معينة وهي :-

١- اذا اثبتت البصمة الوراثية نسب الأبن إلى ابيه مع نفيه له ، فهنا يثبت نسبه بالحقيقة وأنتفى في الظاهر وظهر خطأ الأب.

٢- اذا كانت نتيجة البصمة الوراثية نفي النسب أنها تؤكد اللعان الحاصل بين الزوجين وثبت صدق ادعاء الزوج فأنها تأكيد لحالة النفي.

٣- السكوت عن الأمر ونسبة الولد لامه وثبوت زنا الزاني لأن النبي (ﷺ) في قصة هلال بن امية وقذفه امرأته عند النبي بشريك بن السمحاء ، جاء الولد مشابها لشريك بن سمحاء فقال الرسول (ﷺ) لولا مامضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن ، والمراد هنا أن اللعان يدفع الحد عن المرآة ولولا ذلك لأقام الرسول عليها الحد من اجل ذلك الشبة الظاهر بالذي رميت به ، وهذا يدل على أنه لا يعمل بالاجتهاد ومنه البصمة الوراثية و أنما يعمل بالوحي الإلهي ويجري الإمر على الظاهر فنغض النظر عن نتيجة البصمة الوراثية ونعمل بظاهر اللعان اي نعمل بأدلة الشرع اولا ونأخذ بالأدلة العلمية المرافقة لأدلة الشرع فـــأذا حدث تعارض قدم الدليل الشرعي وفي حالة السكوت دون نفي أو اثبات في ادلة الشرع يأخذ بالدليل العلمي في تكوين قناعة القاضي[٢].

مما تقدم يتضح أنه العمل بالبصمة الوراثية يصح متى ما توافرت الضوابط الشرعية لأثبات النسب والعمل بها مقصور على حالات التنازع في اثبات النسب التي سبق الإشارة اليها وعدم وجود دليل أقوى أو تعارض الأدلة ، أما نفي النسب فلا يكون الإ في حالات محددة تظهر في نفي النسب طريق اللعان.

١- أنظر : اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني ، مصدر سابق ،ص٢١٥.

٢- أنظر : د. سعيد العنزي ، البصمة الوراثية ، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت ،٢٠٠٢،ص٤٧.

المبحث الثالث

البصمة الوراثية في ميزان القانون

يعد اكتشاف البصمة الوراثية نقلة نوعية في مجال الإثبات القانوني بكل ما توفره من امكانية عالية بالتعرف على ذاتية الشخص وتحديد هويته البيولوجية مقارنة بالوسائل التقليدية ، إذ اصبح الاتجاه التشريعي الحديث يميل إلى الاستعانة بالأدلة العلمية في مجال اثبات النسب وعلى رأسها البصمة الوراثية اذ لم يعد تحليل الدم ينتج ثماره كوسيلة لا ثبات النسب ، فاذا كأن من الممكن الركون اليه بوصفه دليل نفي الا أنه لا يمكن العمل به كدليل اثبات . وعليه سنقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب يتناول المطلب الأول الجهود الدولية لتنظيم البصمة الوراثية ، أما المطلب الثاني يحاور موقف التشريعات من البصمة الوراثية وفيما اذا ما نصت عليها في قوانينها الداخلية مع بيان موقف القانون العراقي والمصري من ذلك ، في حين يحاور المطلب الثالث الموقف القضائي من البصمة الوراثية .

المطلب الأول

التنظيم الدولي للبصمة الوراثية

تعد البصمة الوراثية العنصر الداخلي لهوية الإنسان ، وعليه فقد تظافرت الجهود الدولية لتقنين العمل بالبصمة الوراثية ولأجل الإحاطة بتلك الجهود الدولية لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول اللجان والمؤتمرات الدولية ، والفرع الثاني المؤتمرات والندوات العربية.

الفرع الأول

اللجان والمؤتمرات الدولية

لقد تظافرت الجهود الدولية لأجل تنظيم عمل المؤسسات الصحية بمجال الفحوصات الوراثية ، إذ تكللت هذه الجهود بالتوصيات التي قدمتها لجنة المجلس الأوربي حول القضايا البيولوجية اذ أن الهدف الرئيس لهذه اللجنة التي استمر العمل بها ٣ سنوات منذ ١٩٨٩ إلى ١٩٩٢ هو ملئ الفراغ القانوني الذي يمكن أن ينشأ من التقدم العلمي المتسارع لعلم البيولوجيا الطبية الذي قد ينشأ عنه فراغ تشريعي يحمل في طياته العديد من المخاطر [١]. وقد اعتمدت اللجنة على عدد من المبادئ اهمها :-

١- عدم استخدام المعلومات المتحصلة بطريق البصمة الوراثية الا لغرض الإثبات وبحدود القانون.

٢- عدم السماح بأجراء مثل هكذا تحاليل الا بأمر صادر من الجهات القضائية.

٣- عدم اجراء التحاليل الا بالمعامل التابعة لوزارة العدل أو المعامل الحاصلة على ترخيص .

٤- التخلص من كافة العينات التي اجري عليها التحاليل بعد صدور القرار النهائي للدعوى القضائية ، الا في حالة اذا كان الاحتفاظ بها ضرورياً.

١- أنظر : د. عمار تركي عطية ، مصدر سابق ، ص٨٢.

ومن الجدير بالذكر أن لاتفاقية (ستراسبورج) الأوربية التي دخلت حيز التنفيذ عام ١٩٧٨ نصت المادة الخامسة على السماح للدليل العلمي – البصمة الوراثية – في اثبات النسب [١].
أما ما قرره المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو بشأن الجين البشري وحقوق الأنسان عام ١٩٩٧ إذ تضمن هذا الإعلان ديباجة وخمسة وعشرون مادة قسمت إلى سبعة اقسام ، فتضمنت الديباجة إلى أن البحث في بصمة الجين البشري ونتائجه التطبيقية قد فتح ميداناً واسعاً لتقدم الكائن الانساني ، الا أن هذا البحث يجب أن يحترم بصورة كاملة الكرامة الإنسانية وحقوق وحريات الأنسان ، فنجد أن المادة الأولى من الإعلان نصت على أن البصمة الوراثية تكشف الوحدة الأساسية للأسر الإنسانية إذ تشكل رمزاً لتراث الإنسانية ، ونصت المادة الثالثة على أن بصمة الجين البشري لا تخضع للتقويم المالي ، في حين اكدت المادة الخامسة على تفادي كافة الإخطار الناتجة عن البحث والمعالجة أو الفحص الجيني للفرد وأن يتم ذلك على وفق للقانون الوطني ، وجاءت المادة السابعة تؤكد على ضرورة الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالجين البشري وفقا لأحكام القانون ، واشارت المادة الثامنة إلى أنه من حق كل فرد وفقا لأحكام القانون الوطني أو الدولي الحصول على تعويض عن الضرر الذي اصابه نتيجة التدخل في تركيبته الوراثية ، أما المادة التاسعة فقد نصت على أنه لابد أن تنص القوانين على احترام مبدئي الرضا والسرية لغرض حماية حقوق الأنسان وحرياته ، في حين نصت المادة الحادية عشر على الممارسات التي تتعارض مع الكرامة الانسانية لا يجب أن يسمح بها وأن الدول والمنظمات المختصة مدعوة إلى التعاون لتشخيص هذه الممارسات وتحديد التدابير الواجب اتخاذها لضمان تطبيق المبادئ الواردة في هذا الإعلان ، وفرضت المادة السادسة عشر على الدول تشكيل لجأن متعددة التخصصات لرصد الجوانب الاخلاقية والقانونية والاجتماعية الناتجة عن بحوث البصمة الوراثية ، أما المادة الثامنة عشر والتاسعة عشر فقد نصت على الدول بذل الجهود لنشر العلوم المتعلقة بالبصمة الوراثية وأن على الدول في اطار التعاون مع الدول النامية أن تشجع البحوث لدى هذه الدول والاستفادة منها في التقدم العلمي ، وقررت المادة الحادية والعشرون على الدول اتخاذ التدابير اللازمة لنشر المعلومات بهدف تشجيع المجتمع على تحمل مسؤولية الدفاع عن الكرامة الإنسانية التي يمكن أن تتأثر ببحوث البصمة الوراثية [٢].

١- أنظر : د. ايناس هاشم ، مصدر سابق ، ص ٥٦.
٢- أنظر : د. باسيل يوسف ، الجينات البشرية والقانون ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد ٣ ، بيت الحكمة ، ٢٠١١، ص٨٩. كذلك أن المجلس الأوربي قد اقر عام ١٩٩١ التوصية رقم R-٩٢-١ بناءً على اقتراح وزراء العدل الأعضاء ونظم فيها شروط اللجوء إلى تحليل الحمض النووي واجراءاته لكي لا تتعارض مع التشريعات الأوربية. أنظر : وثيقه منشوره على شبكة الإنترنت على الموقع http/www.islamonline.net

الفرع الثاني

المؤتمرات والندوات العربية

على الصعيد العربي كانت هنالك جهود لعقد المؤتمرات والندوات جميعها تتعلق بالبصمة الوراثية ومدى امكانية الاعتماد عليها في الإثبات ، منها المؤتمر الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت عام ١٩٩٨ تحت عنوان الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني ، إذ بين المؤتمر أن البصمة الوراثية بينه تفصيلية تدل على هويه الأشخاص ، فضلا عن ذلك أنها تعد وسيلة لا تخطأ في التحقق من الشخصية ، الا أنها لا ترتقي إلى مستوى القرائن القطعية في قضايا الحدود الشرعية ومنها اثبات النسب [١].

وفي عام ٢٠٠٢ عقد في مكة المؤتمر الإسلامي وقد وضع جل اهتمامه حول موضوع البصمة الوراثية ، إذ كان من جملة ما قرره أنه عد البصمة الوراثية وسيلة من وسائل الإثبات وجواز الاعتماد عليها على أن لا يكون أجراء تحليل البصمة الوراثية الا بطلب من القضاء وأن يكون في مختبرات متخصصة في هذا المجال ، إذ من توصيات المؤتمر انه منع أن تقوم المختبرات الخاصة بأجراء مثل هذه التحاليل نظراً لما يترتب عليه من مخاطر جمه ، خاصة وأن الهدف الذي تسعى اليه هذه المختبرات هو المصالح الربحية [٢].

كما اكد على ضرورة اتخاذ الحيطة والحذر عند اجراء تحليل البصمة الوراثية لتجنب الإخطاء التي يمكن أن يقع فيها الموظفين بهذه ألمختبرات .وفي عام ٢٠٠٣ عقد مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون في جامعة الأمارات العربية المتحدة ، وعقد المؤتمر الفقهي الإسلامي الثاني المنعقد في جامعة محمد بن سعود لسنه ١٤٣٠ هـ تحت عنوان قضايا طبية معاصره ، تلاها المؤتمر الرابع للبصمة الوراثية عام ٢٠١٠ في دوله البحرين ، ومؤتمر (ابو ظبي) للأدلة الجنائية والبصمة الوراثية المنعقد عام ٢٠١١ [٣].

وقد اسفرت جميع هذه المؤتمرات والندوات على جواز استعمال البصمة الوراثية سواء في المجال الجنائي أو قضايا النسب ، وأن ما اكدت عليه بات يمثل التزاماً على عاتق الدول لتكرس مضامينها في قوانينها الداخلية ، ومن الجدير بالملاحظة أن جميع هذه المؤتمرات قدمت بها دراسات وابحاث عرضت للمناقشة سواء من الجانب الفقهي أو التقني أو القانوني.

١- أنظر : د. سعد الدين مسعد الهلالي ، مصدر سابق ، ص٧٠.

٢- أنظر : د. خليفة الكعبي ، مصدر سابق ،ص٢٧.

٣- أنظر : د. محمد محمد ابو زيد ، مصدر سابق ،ص٢٢٣.

٤- نافع تكليف مجيد، البصمة الوراثية ودورها بالإثبات الجنائي،رسالة ماجستير ،جامعة بابل ،٢٠٠٩،ص٧٨.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للعمل بالبصمة الوراثية

لغرض الإحاطة بالتنظيم القانوني للعمل بالبصمة الوراثية لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول بالأول الجهة الآمرة بأجراء الفحص ونبين بالفرع الثاني الجهة صاحبة الاختصاص .

الفرع الأول

الجهة الإمرة بأجراء فحص البصمة الوراثية

لقد تباينت التشريعات التي تضمنت احكام البصمة الوراثية في تحديد الجهة الآمرة فنجد البعض عالجها بصورة صريحة ، في حين اكتفى البعض الآخر بمجرد الإشارة اليها بصوره ضمنية ، فنجد أن القانون الفرنسي اجاز المشرع اللجوء إلى البصمة الوراثية بناءً على اذن من القضاء[١] ، كذلك الحال بالنسبة لقانون الجينوم البشري الصادر عام ١٩٩٨ في الولايات المتحدة الأمريكية الذي اشترط الإذن القضائي [٢].

أما بالنسبة للتشريعات التي لم تحدد الجهة الآمرة بأجراء فحص البصمة الوراثية بصورة صريحة ، الا أنها تضمنت نصوص قانونية عالجت مسألة التدخل بالجسد مثل استقطاع بعض الاجزاء كالشعر والأظافر أو سحب بعض العينات كالسائل المنوي أو الدم فهذه التشريعات وأن لم تحدد بصورة صريحة الجهة التي تأذن بأجراء الفحص الا أنها تضمنت بعض الإجراءات المتصلة بها بحكم طبيعتها ، ومنها التشريع العراقي الذي لم يحدد الجهة التي تأذن بالفحص باجراء البصمة الوراثية وأنما يمكن تحديدها من خلال معالجته لإجراءات التدخل الجسدي ، فنجد أن المشرع العراقي اعطى صلاحية اتخاذ اجراءات التدخل الجسدية ليس للجهة القضائية فحسب وأنما التحقيقية ايضا. نجد مما تقدم أن اغلب التشريعات التي عالجت اجراءات الفحص الوراثي سواء بشكل مباشر أو بصورة غير مباشر عن طريق معالجة اجراءات التدخل الجسدي[٣] ، أنها قد اوكلت مهمة اصدار هذه الإجراءات للقضاء ، ونجد من الضروري أن ينفرد القضاء بمثل هذه الصلاحيات خاصة بما يتعلق بالبصمة الوراثية ، لخطورة هذا الإجراء على مستوى الإثبات فضلاً عن طبيعة هذا الإجراء

١- أنظر نص المادة ١١/١٦ من القانون الفرنسي رقم ٦٥٣/٩٤ لعام ١٩٩٤.
٢- أنظر : د. حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٣٣.
٣- أنظر: نافع تكليف مجيد، مصدر سابق ،ص٩١.

الذي يمثل مساساً بسلامة جسم الأنسان وخصوصيته لذلك لابد أن يكون القضاء هو صاحب الاختصاص في تقرير امكانية اجراء أو عدم اجراء مثل هكذا فحوصات ، لما فيه من موازنة بين حماية المصلحة العامة واحترام وحماية الحقوق الفردية [١] . من خلال ما تقدم نجد أن اغلب التشريعات قد اشترطت الإذن القضائي لاجراء تحليل البصمة الوراثية ، يستنتج من ذلك أن الفحص الذي يتم من غير أذن قضائي ليس له أي قيمة قانونية حتى وأن كان معتمداً على رضا الشخص.

الفرع الثاني

صاحب الاختصاص بأجراء فحص البصمة الوراثية

أن اجراء تحليل البصمة الوراثية لايخلو من الخطورة وذلك لمساسه بالحياة الخاصة ، لذلك نجد اغلب الدول قد اخذت على عاتقها تنظيم عمل المؤسسات الصحية المسؤولة عن اجراء تحليل البصمة الوراثية ، فنجد أن الولايات المتحدة الأمريكية قامت بأنشاء مؤسسات صحية خاصة بأجراء فحص البصمة الوراثية وهو ماعملت به هيئة الكونغرس لتقويم التكنولوجيا المشكلة عام ١٩٩٠ فقد وضعت هذه الهيئة نوعين من المعايير النوع الأول المعايير التقنية وهي التي تتضمن أنشاء المختبرات التي تجري بها الفحوصات ، والنوع الثاني المعايير الإجرائية والتي تشمل جميع المسائل التي تعاصر وتلازم اجراء تلك الفحوصات بدءاً من المؤسسات الصحية وصولاً إلى الحصول على النتائج وكيفية المحافظة عليها فضلاً عن الكفاءات البشرية العاملة في هذه المختبرات [٢].

في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد قصر اجراء مثل هذه الفحوصات على خبراء محددين وحاصلين على ترخيص خاص بعد استكمال الشروط القانونية المنصوص عليها في المرسوم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي [٣] ، وفرض المشرع الفرنسي عقوبة الحبس لمدة سنة واحدة كما فرض غرامة بمقدار (١٠٠،٠٠٠) فرنك على كل من يجري تحليل دون ترخيص [٤] ، والغرض من ذلك هو للحيلولة دون حصول تجاوزات في استخدام البصمة الوراثية .

وقد حدد مرسوم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ١٩٩٧ رقم (٦٧ - ١٠٩) الشروط الواجب توفرها في الأشخاص القائمين بالتحليل وهي :

١- أنظر: نافع تكليف مجيد، مصدر سابق ،ص٩٢.

٢- أنظر : د. عمار تركي ، مصدر سابق ، ص٨٤.

٣- أنظر :المادة ٦ من القانون رقم ٦٥٧ الصادر ١٩٩٤،المتعلقة بتنظيم عمل الخبراء القانونيين في فرنسا والتي تنص (على أن يكون مؤهلا لاجراء الفحص الجيني لغرض التعرف على هوية الشخص اذا ماتعلق الإمر بإجراءات قانونية وأن يكون حاصلا على ترخيص)، نقلا عن د. رضا عبد الحليم ، مصدر سابق ، ص٢٢٦.

٤- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٩٨.

١- أن يكون الخبراء حائزين على المؤهلات العلمية المحددة في المادة الخامسة من المرسوم [٥]
٢- أن يكون للحاصل على هذه المؤهلات السابقة خبرات علمية متراكمة ناتجة عن تجارب تطبيقية
٣- لا يجوز للقائمين على تحليل البصمة الوراثية ممارسة أعمالهم الا أذا كانوا مسجلين بهيئة الخبراء القضائيين.
٤- أن يكون حائز على ترخيص أو أعتماد من الجهة الطبية بمنحه تحليل البصمة الوراثية [١].

أما على الصعيد العربي ، فنجد أن بعض الدول العربية قامت بأنشاء مؤسسات صحية تقوم بأجراء فحوصات البصمة الوراثية ومنها الامارات العربية إذ تم أنشاء مركز الدراسات والأبحاث الجينية التابع لوزارة الصحة ومقره في دبي عام ١٩٩٧ ، وفي لبنان أنشأ مختبر المباحث العلمية التابع لوزارة العدل ومقره في بيروت عام ١٩٩٧ [٢] ، وفي مصر التي أنشأت مختبر التحليلات الوراثية التابع لوزارة الصحة عام ١٩٩٥ ، الذي يقع في القاهرة الا أن المشرع لم يضع تنظيماً قانونياً لعمل المختبرات سواء من حيث الشروط الواجب توفرها في العاملين أو من إذ العقوبات التي تفرض عند مخالفة الضوابط الخاصة بالمختبرات ، ولغرض تجاوز ذلك فأنه يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة التي تنظم عمل الخبرة الطبية [٣]، كون البصمة الوراثية تندرج تحت طائلة الخبرة الطبية ، فضلاً عن ذلك فأن المشرع المصري الزم الخبير بأداء اليمين القانوني قبل مزاولة مهنته [٤].

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي الذي يعد من الدول التي تفتقر لوجود مؤسسات صحية مختصة في مجال الفحص الوراثي على عكس الدول الأخرى ، وعليه فأنه يتم الرجوع للمبادئ التي

١- (أ- دكتوراه في العلوم البيولوجية ب- دبلوم الدراسات المتخصصة في الوراثة البشرية ج- دبلوم الدراسات المتخصصة في البيولوجيا الطبية د- دبلوم الدراسات المتخصصة في الوراثة الطبية).

٢- أنظر : المادة الثالثة من القانون رقم (٩٧ – ١٠٩) الصادر عام ١٩٩٧نصت (لا يقوم بأجراء التعرف على البصمات الوراثية في اطار اجراء قضائي الا الاشخاص الماديون او المعنيون الذين لديهم القدرة وفق شروط محددة ، وأن مدة الاعتماد الممنوح لهم هو لدة خمسة سنوات قابة للتجديد من طرف اللجنة المنشأة بنص المادة الأولى من هذا المرسوم إذ نصت المادة لوزير العدل تكليف لجنة من الأشخاص الإكفاء للقيام بمهام التعرف على البصمات الوراثية في اطار الإجراءات القضائية ، ويترأس هذه اللجنة قاض محكمة النقض سواء كأن ذلك خلال ممارسته لمهامه أو بصفة شرفية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل ، وتضم هذه اللجنة نوعين من الأعضاء النوع الأول ، اعضاء بموجب وظائفهم وعددهم سته اعضاء وهم مدير القضايا المدنية أو ممثل عنه ، مدير القضايا الجنائية أو ممثل عنه ، المدير العام للشرطة الوطنية أو ممثل عنه ، المدير العام للدرك الوطني أو ممثل عنه ، المدير العام للصحة أو ممثل عنه ، المدير العام للتعليم العالي أو ممثل عنه أما النوع الثاني فهم اعضاء بحسب كفاءتهم في مجال البيولوجيا وعددهم اربعة وهم عضو من طرف وزير البحث وعضو من طرف وزير الدفاع وعضو من طرف وزير الداخلية وعضو من طرف وزير الصحة) نقلا عن حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ١٢٢٢.

٢ - أنظر : د. عمار تركي عطية ، مصدر سابق ،ص١٠٩ .

٣- أنظر : المادة (١٨) من مرسوم تنظيم الخبرة امام جهات القضاء المصري رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢.

٤- أنظر : المادة (٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨.

تحكم الخبرة الطبية والتي يمكن العمل بها عندما تحتاج المحكمة لاجراء فحص البصمة الوراثية فقد اشترط قانون الخبراء العراقي المرقم (١٦٣) لسنه (١٩٦٤) الذي لايختلف كثيراً عما اشـــار اليه نظيره المصري من حيث الجنسية والشهادة الدراسية وذي سلوك حسن وسمعه وثقه جيدة[١]. أما فيما يتعلق بالضمانات القانونية الخاصة بتفعيل الشروط المتعلقة بالخبير نجد أن المادة السابعة عشر من القانون نفسه على الخبير الذي يخالف هذه الشروط جزاءات تأديبية تفرضها المحكمة وهي كل من التنبيه والإنذار والتوقف عن العمل لمدة سنة واستبعاد الاسم من جدول الخبراء نهائيا .

كذلك كأن لقانون العقوبات دور في ذلك إذ عاقب مشرعنا كل من كلف من إحدى المحاكم بأداء عملٍ من أعمال الخبرة وقام بتغيير الحقيقة عمداً بأي طريقة كانت بعقوبة شاهد الزور نفسها[٢] ، وكذلك عاقب بعقوبة الجنحة وهي الحبس مدة لاتزيد على سنتين وغرامة لاتزيد عن مائتي الف دينار على من عرف بحكم مزاولته لوظيفة أو مهنة أو فـــن أو بسرٍ فأعلنه على غير الوجه القانوني المسموح به [٣]. فالنصوص الواردة يمكن تطويعها لتطبق على الأطباء والجراحين والممرضين الذين يتعلق عملهم باختبارات البصمة الوراثية ، اذا ماتعمدوا اعطاء معلومات كاذبة أو افشاء المعلومات الوراثية المتعلقة بالبصمة الوراثية . بيد أن الرجوع للقواعد العامة الخاصة بالخبرة الطبية ، لا يغني عن وجود تنظيم قانوني لعمل المؤسسات الصحية الخاصة باختبارات البصمة الوراثية ، لذلك نقترح على مشرعنا فيما يتعلق بالمستوى المادي القيام بتأسيس مراكز صحية مجهزة بكافة المستلزمات المتعلقة باختبارات البصمة الوراثية ، أما على المستوى القانوني فلابد من اتخاذه خطوه جريئة في اصدار قانون ينظم عمل المؤسسات المتخصصة بالبصمة الوراثية من ناحية خضوعها لرقابه الدولة والإشراف عليها ومن ناحية تحديد الشروط الواجب توفرها في العاملين بتلك المؤسسات الصحيـــة . وتجدر الإشارة إلى أن استحداث هذه المؤسسات يكون ضمن تشكيلات الطب العدلي لأن من اهداف قانون الطب العدلي هو تقديم الخبرة الفنية والعلمية للقضاء والجهات التخصصية [٤].

١- أنظر : نص المادة الرابعة من قانون الخبراء العراقي رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ (اشترط في من يقيد اسمة في جدول الخبراء : أ - أن يكون الخبير عراقيا. ب- أن يكون حاصلا على شهادة علمية معترف بها تؤهله للقيام بأعمال الخبرة ، ويعفى من هذا الشرط الأعضاء الفنيون والمهنيون المنتمون إلى النقابات الفنية والاتحادات المعترف بها والمصارف وغرف التجارة والزراعة والصيارفة المجازون والمعماريون المسجلون لدى أمانة العاصمة والبلديات وغير هؤلاء من ذوي الخبرة المعترف بها رسميا في المواضع المتعلقة باختصاصهم أو فنهم أو مهنتهم .ج - أن يكون حسن السلوك والسمعة جديرا بالثقة .د- أن لايكون محكوما عليه بعقوبة جنائية في جريمة غير سياسية أو بأي عقوبه ماسة بالشرف.هـ - أن لايكون قد سبق واستبعد اسمة من جدول الخبراء لاي سبب كأن .

٢- أنظر : نص المادة (١/٢٥٥) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

٣- أنظر : نص المادة (٤٣٧) من قانون نفسه.

٤- أنظر : نص الفقره الثانية من المادة ٣ من قانون الطب العدلي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٣.

المطلب الثالث

الموقف التشريعي والقضائي من استخدام البصمة الوراثية

لم يعد تحليل الدم يجدي ثماره كوسيلة للأثبات وبخاصة في مجال اثبات النسب لذلك فأن الاتجاهات التشريعية الحديثة منها والقضائية تميل إلى الاستعانة بالأدلة العلمية ومنها البصمة الوراثية ، وعليه ففي هذا المطلب سوف نتطرق إلى موقف بعض التشريعات الغربية فضلاً عن موقفها القضائي من استخدام هذه التقنية ومن ثم نعرج إلى بعض التشريعات العربية وبيان الموقف القضائي لها .

الفرع الأول

الموقف التشريعي من استخدام تقنية البصمة الوراثية

لبيان الدور التشريعي نقسم الفرع إلى موقف التشريعات الغربية من استخدام البصمة الوراثية اولا ، وموقف التشريعات العربية ثانيا .

اولا – موقف التشريعات الغربية

سنكتفي في هذا المضمار بيان دور التشريع الفرنسي وكيف عالج موضوع البصمة الوراثية .

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اشار إلى أنه لا يمكن البحث عن هوية شخص عن طريق بصماته الوراثية الا في نطاق تدابير البحث أو التحقيق الصادرة بخصوص الدعوى القضائية أو لغاية طبية أو لغاية البحث العلمي [١] . فهذا يمثل نصاً صريحاً من قبل المشرع الفرنسي على جواز اجراء تحاليل البصمة الوراثية ، واعتبرها كغيرها من الأدلة العلمية بموجب القواعد العامة .

وبمـــا أن الإجراءات التي يعتمدها المشرع الفرنسي قائمة على مبدأ حرية الإثبات ومبدأ قناعة القاضي ، فأن تحاليل البصمة الوراثية تخضع لهذين المبدأين.

وتجدر الإشارة إلى أن الضمانات التي وضعها المشرع الفرنسي للحصول على البصمة الوراثية ، هو لابد من موافقة الأشخاص الخاضعين للتحليل كونها تمثل انتهاك لسلامة الأشخاص الجسدية ، اذن فلابد من الحصول على موافقتهم الصريحة المسبقة ، والحصول على رضاهم من الممكن أن يكون بشكل كتابي أو شفوي [٢]. ولكن السؤال الذي يعرض هنا ، اذا كان لابد من الحصول على رضا من يخضع للتحليل ، ما الحل اذا تعلقت القضية بشخص متوفي؟ في الواقع أن المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى مثل هذه الحالة مما اثار ذلك بعض الإشكالات عندما ا قامت فتاة دعوى على مطرب

١- أنظر : نص المادة ١٦ الفقره ١١ من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ١٩٩٤.

٢- أنظر : د. زياد حمد عباس الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في اثبات النسب ، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد ٢٦ ، مجلد ٢، ٢٠٠٩،ص٢٠.

مشهور عام (١٩٩١) ادعت فيها أنها ابنته الطبيعية الا أن المدعي عليه أنكر أن تكون هناك أي صلة بينه وبين المدعية وطلب من المحكمة رد الدعوى ، الا أن الفتاه طلبت من المحكمة أجراء تحليل البصمة الوراثية ولكن المدعي عليه رفض ذلك ، فأتخذت المحكمة من هذا الرفض ومن بعض القرائن الأخرى كالشبه الذي بينهما دليلاً على ماتدعيه الفتاة وحكمت المحكمة لصالحها ، الا أنه قبل صدور الحكم توفي المدعي عليه ورفض الورثة الحكم فاستأنفت المدعية الحكم وطلبت المحكمة اجراء تحليل البصمة الوراثية وهذا ماثار مشكلة الحصول على الرضا طبقا لنص المادة ١٦ فقره ١١ ، لذلك قررت المحكمة استخراج الجثة لأن نص المادة اعلاه خاص بالإحياء والأهم من ذلك أن هذه القضية يتنازعها حقان هما الحق في احترام الجثة وحق الطفل في معرفة ذويه وهو مارجحته المحكمة [١].

كما أن المشرع الفرنسي قد اجاز بموجب قانون رقم ٢٥٩٩ لسنة ١٩٩٢ امكانية استخدام المعلومات البيولوجية المستخلصة من البصمة الوراثية في مسائل الإثبات المدني وأن اختلف في القيمة القانونية التي اعطاها عن بعض التشريعات الأخرى في حالة رفض الخضوع لهذه الاختبارات البيولوجية [٢] ، وتجدر الإشارة أن فرنسا لم تقم بأنشاء سجل آلي للبصمات الوراثية ولم يوضع موضع التطبيق الا في عام ٢٠٠٠ لتواكب بذلك غيرها من الدول الغربية ، من خلال ماتقدم يتضح أن المشرع الفرنسي عد البصمات الوراثية دليلا مستقلا يجوز بناء الحكم عليها في مسائل النسب والنفقة كما جاء في الفقره ١١ من المادة ١٦ للقانون المدني الفرنسي المرقم ٩٤-٦٥٣ لسنه ١٩٩٤ [٣] ، فهو قد أسس شرعيه العمل بالبصمات الوراثية ولم يتردد بعضهم بوصفها بسيدة الأدلة أو ملكة الإثبات [٤].

ثانيا – موقف التشريعات العربية

تختلف وسائل الإثبات من عصر إلى آخر تبعا لاختلاف المستوى الثقافي والاقتصادي والاجتماعي لكل مجتمع من المجتمعات الإنسانية ، لذا نجد المجتمعات الأوربية في استخدامها للتقنيات الحديثة تختلف عن المجتمعات العربية ، فالعديد من التشريعات العربية لا تجد بالبصمة الوراثية دليلاً أو قرينة قطعية تدل على ثبوت النسب ، فنجدها مترددة بين القرينة القوية والضنية وبقاء الإمر متروكا لقناعة القاضي ، فأحكام النسب في التشريعات العربية مستمدة من الشريعة الإسلامية ولم نلاحظ في

١- أنظر : د. فواز صالح ، حجية البصمة الوراثية في اثبات النسب ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات ، العدد ١٩ ، ٢٠٠٣ ، ص١٠٣.

٢- أنظر : د. صبري حمد خاطر ، مصدر سابق ، ص٨٠.

٣-(.. أن تحديد شخصية الفرد بناء على تحليل الجينات الوراثية لا يجب البحث عنه الا بمناسبة اجراءات تحقيق مصرح به من قبل القاضي المختص ، وبصدد دعوى أنشاء أو منازعة في رابطة البنوه أو دعوى طلب الحصول على نفقه أو الإعفاء منها...) .

٤- د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٣٧.

تشريعات الأحوال الشخصية العربية قد تناولت موضوع الإثبات بالبصمة الوراثية ، باستثناء القانون التونسي الذي يجيز اثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية [١]، إذ اجاز المشرع التونسي اثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية وهو بذلك قد اخرج تشريعه من حالة النقص بالتشريع إلى حالة افضل اعتمد فيها على احتياجات الناس الفعلية في حياتهم وليس على تصورات سابقة لظروف لم تعد قائمة دون أن يتم اغفال ماتوصلت اليه الإنسانية في تشريعها القانوني السابق والراهن .

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد وضع شروطاً لقبول دعوى الإقرار بالنسب بعد الوفاة وهي وجود اوراق رسمية تتضمن اقرار المورث بالولد ، أو توافر ادلة قطعية على صحة البنوة أو وجود اوراق محررة بخط المورث [٢]. فضلاً عن أن المشرع المصري عند تنظيمه احكام الأحوال الشخصية اشترط أن تكون مطابقة للمذهب الحنفي ، إذ حدد الفقه الحنفي طرق اثبات النسب بوجه عـــــام ولم تكن البصمة الوراثية منها ، وبالرغم من بقاء البصمة الوراثية بعيدة عن تنظيم المشرع المصري ولم ينص عليها بشكل صريح الا أنه يمكن استنتاج جواز العمل بالبصمة من خلال بعض النصوص القانونية المتعلقة بالخبرة الطبية ، التي اجازت اجراء الفحص الطبي على قائد المركبة الذي يشتبه في قيادته وهو تحت تأثير مخدر أو خمر[٣] ، وهذا ما يعبر عن منهج المشرع المصري تجاه دلالة الفحوص الطبية التي تعد البصمة الوراثية نوعا متطوراً منها. علما أن تعليمات النيابة العامة اشارت إلى الأستعانة بالخبرة الطبية ونظمت تنظيماً مفصلاً حالات ندب الأطباء وطريقة عملهم وحالات التشريح والبحث عن العينات [٤]، و يمكن تأسيس مشروعية العمل بالبصمة الوراثية يرجع إلى مبدأ حرية الإثبات الذي يأخذ به المشرع المصري إذ يحكم القاضي بحسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته [٥].

١- أنظر : قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم ٧٥ لسنة ١٩٩٨ والمتعلق بأسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب إذ جاء في الفصل الثالث مكرر (... يمكن للاب أو للام أو النيابة العامة رفع الإمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب اسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو اب ذلك الطفل).

٢- أنظر : نص المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ التي تنص (لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب بعد وفاة المورث الا اذا وجدت اوراق رسمية مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليه امضاءه أو ادله قطعية جازمة تدل على صحة الإعداء)

٣- أنظر نص المادة (٦٦) قانون المرور المصري رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ إذ نصت على (جواز اجراء الفحص الطبي على قائد المركبة الذي يشتبه في قيادته وهو تحت تأثير مخدر أو خمر).

٤- أنظر :د.سنيوت عبد الحليم و د.معوض عبد التواب،الطب الشرعي، ط١، منشأة المعارف، مصر،١٩٨٧، ص٨٠.

٥- أنظر : د. حسني عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٤٤٩.

وفي عام (١٩٩٥) أنشأ معمل للطب الشرعي وساهم بالكشف عن الكثير من القضايا المتعلقة بأثبات النسب والتعرف على هوية الأشخاص.

أما بالنسبة للتشريع العراقي ونظراً لحداثة موضوع الإثبات بالبصمة الوراثية فلا يختلف الوضع كثيراً عن بقيه الدول التي تفتقر لوجود مؤسسة صحية متخصصه بالفحص الوراثي ، فعند الرجوع إلى قانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنه ١٩٧٩ نجده قد حصر طرق الإثبات في (الدليل الكتابي ، الإقرار ، الاستجواب ، الشهادة ، القرائن ، اليمين ، المعاينة، الخبرة) والسؤال الذي يمكن أن يتبادر إلى الأذهان هو اين يمكن أن يندرج موضوع البصمة الوراثية من بين هذه الطرق ؟ أن الإثبات بالبصمة الوراثية يعد من الوسائل العلمية الحديثة التي فرضت نفسها في اثبات قضايا البنوة إلى جانب الأدلة التقليدية وبصفاتها هذه لايمكن أن تكون دليل اثبات بالكتاب أو الإقرار أو الاستجواب أو الشهادة ، فهل الإثبات بالبصمة الوراثية يعد معاينه ام خبره ام قرينه ؟

أن المعاينة كدليل من ادلة الإثبات المباشرة يقصد بها قيام القاضي بمشاهدة موضوع النزاع لأنه مهما تم الوصف لا تتجلى لدى ذهن القاضي صوره المدعي به ، فقد يخالفه خصمة بالوصف فلا يهتدي إلى حقيقة الحال [١] ، وللمحكمة من تلقـــاء نفسها أو بناءً على طلب احد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينه موضوع النزاع اذا لم يكن احضاره ممكنا أو أن تنتدب احد اعضائها ويتم تنظيم محضر بذلك [٢]. ولا تقتصر المعاينة فقط على الأموال بل ترد كذلك على الأشخاص ، ولكن معاينه الشخص يجب أن تتم مع كافة الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص كما أن على المحكمة أن تستعين بخبير للمعاينة اذا كأن يتطلب ذلك معرفه علمية أو فنيه [٣]. بيد أن القاضي لايتقيد بالقرارالذي اصدره بالانتقال للمعاينة فيجوز له أن يعدل عنه متى ماوجد في عناصر الدعوى مايكفيه لتكوين قناعته ولكن لابد أن يبين اسباب العدول بمحضر الجلسة[٤]. وصفوة ما تقدم نجد البصمة الوراثية فيها بعض احكام المعاينة ، الا أنه لا يعد الإثبات بالبصمة الوراثية معاينه لعدم توافر جميع احكام المعاينة عليها ، فالمحكمة عند النظر في دعوى النسب لابد لها من معاينه اطراف النزاع والاحتفاظ بصـــور

١- أنظر : د. ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، مصدر سابق ، ص٣٦٢.

٢- أنظر : المواد ١٢٥ – ١٣١ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنه ١٩٧٩ ، تقابلها المادة ١٣١ من قانون الإثبات المصري ، كذلك أنظر : المادة ١٢٤ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنه ١٩٦٩ علما أن قانون المرافعات العراقي يطلق على المعاينة لفظ الكشف.

٣- أنظر : المادة (١٢٦) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

٤- أنظر : سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص٢٩٠ ، وكذلك أنظر : ضياء شيت خطاب ، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠، ص٢٤٣.

لهم وتنظيم محضر بذلك دون أن تبين رأيها بذلك، ولكن المحكمة لا تستطيع الحكم بمجرد المعاينة لأن هذه الإجراءات تعد مقدمات مهمة للأثبات عن طريق الأستعانة بوسائل التقدم العلمي فالمعاينة هنا لايمكن أن تكون سببا للحكم بل هي تمهيد لأرسال الخصوم لاجراء فحص الحمض النووي وعليه لايمكن أن تعد البصمة الوراثية هي معاينه[١] .

أما الخبرة تعد تدبير حقيقي واستشاره فنيه يستعين بها القاضي لغرض الوصول إلى معرفه علمية أو فنية تتعلق بالواقعة المعروضة امامه وذلك عن طريق الأستعانة بأشخاص تتوفر لديهم الكفاءة في النواحي الفنية التي يستطيعون ابداء الرأي فيها والتي لا تتوفر لدى القضاة [٢].

وقد نظم المشرع العراقي احكام الخبرة من حيث اسلوب انتخابهم وردهم واجورهم ومباشرتهم لعملهم ومناقشتهم [٣] ، ولا يجوز اللجوء إلى الخبرة الا بصدد المسائل والوقائع المتنازع عليها وغير الثابتة فالوقائع التي تثبت بطريق آخر فلا يمكن الأستعانة بالخبرة [٤].

وقد اعطى القانون القاضي سلطة تقديرية واسعة للأخذ برأي الخبير أو ردة الا أنها الزمت القاضي تسبيب الحكم في حالة عدم الإخذ برأي الخبير كلاً أو جزءاً [٥]. فالقاضي لابد أن يستعين باصحاب الاختصاص لأن الإثبات بالبصمة الوراثية تحتاج لخبرة لا يمتلكها القاضي ، وبالرغم من ذلك فأن احكام الخبرة لا تنطبق جميعها على موضوع الإثبات بالبصمة الوراثية تحديدا فيما يتعلق بكيفية انتخاب الخبراء وتحديد اجورهم وكيفية مناقشتهم لذلك تستبعد أن تكون البصمة الوراثية اثبات بدليل الخبرة.

أما بالنسبة للقرائن القضائية [٦] فقد اجاز القانون للقاضي امكانية الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية ، فالصلاحيات التي اعطاها المشرع للقاضي أنما هي تطبيق عملي للوصول لأهداف قانون الإثبات التي ترمي لتوسيع صلاحية القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته واتباعه التفاسير المتطورة للقوانين ومراعاة الحكمة من تشريع القانون وليس الوقوف فقط عند حدود النصوص المكتوبة وهذا يتطلب أن يكون القاضي عالماً بالإحكام القانونية والفقهية وماوصل

١- أنظر : د. شكر محمود داود و احمد حميد سعيد ، الإحكام الشرعية والقانونية لأثبات النسب بالبصمة الوراثية ، كلية القانون جامعة الموصل ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، العدد ٤٣ ، المجلد ١٢، لسنه ٢٠١٠، ص٥٤.

٢- أنظر : د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص٢٨٧.

٣- نظم المشرع العراقي احكام الخبرة من المادة ١٣٢ إلى ١٤٦ وقد نصت المادة ١٣٢ من قانون الإثبات العراقي على (تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية)

٤- أنظر : د. رمضان ابو السعود ، اصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط١،بيروت ، ١٩٨٥،ص٣٩٤.

٥- أنظر : د. ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، مصدر سابق ، ص٤٧٢.

٦- فقد نظم المشرع العراقي الإحكام الخاصة بالقرائن من المادة ٩٨ – ١٠٤ من قانون الإثبات النافذ.

اليه العلم من تقدم إذ تعد البصمة الوراثية من أهم وسائل التقدم العلمي إذ يتمكن القاضي من خلال النتائج الدقيقة أن يستنبط امر غير ثابت لديه في مدى صحة اثبات النسب او نفيه [١]. يتضح من ذلك أن اثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية هو اثبات عن طريق القرينة القضائية.

والمشرع العراقي لا يختلف كثيراً عن المشرع المصري من حيث عدم وجود نصاً صريحاً يعالج الإثبات بالبصمة الوراثية سواء في قانون الأحوال الشخصية أو القوانين الإجرائية ، ولكن على الرغم من عدم وجود نص بشأن استخدام هذه الوسيلة الا أن هناك بعض النصوص التي اشارت إلى امكانية استخدام البصمة الوراثية وأن كأنت بصوره غير مباشره ومن هذه النصوص القانونية نص الفقره الثانية من المادة ٥٢ من قانون الأحوال الشخصية التي نصت " اذا كان المقر أمرأه متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه أو بالبينة " فالمقصود بالبينة لا ينحصر بالشهود فقط بل من الممكن أن تدخل البصمة الوراثية تحت مضمونها [٢]. واذا كأن قانون الأحوال الشخصية هو الإساس الذي ينظم احكام النسب وكيفية اثباته استنادا إلى نص الفقره الأولى من المادة الأولى التي تنص بسريان النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ، إذ يعد النسب احد المسائل التي تناولها بلفظها ، الا أن عدم النص على ذكر جميع الطرق المستخدمة في اثبات النسب لا يمنع من اللجوء إلى نصوص قانون الإثبات استنادا إلى نص الفقره الثالثة من المادة الحادية عشر من قانون الإثبات التي نصت " أن المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية يسري عليها هذا القانون ما لم يوجد دليل شرعي خاص أو نص بالأحوال الشخصية يقضي بخلاف ذلك "، والنسب يعد من الأمور غير المالية في مسائل الأحوال الشخصية .كما يمكن الاستدلال على مشروعية استخدام البصمة الوراثية في نص المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي إذ جاء فيها " للقاضي أن يستفيد من اساليب التطور الحديثة في استنباط القرائن القضائية" ، فالمشرع اجاز من خلال هذه المادة أن يستفيد القاضي من وسائل التقدم العلمي بوصفها قرائن قضائية وهذا النص يشمل البصمة الوراثية بصوره جلية ، ويرى بعضهم أن ماجاء به المشرع من نصوص بالاعتماد على الوسائل العلمية في الإثبات تعد خطوه ايجابيه مقارنه بالتشريعات العربية الأخرى التي لم يرد فيها اي نص يسمح فيه القانون بالاعتماد على الوسائل العلمية في الإثبات [٣].

١- أنظر : د. شكر محمود داود و احمد حميد سعيد ، مصدر سابق ، ص٥٧.
٢- أنظر : سه ركول مصطفى احمد ، البصمة الوراثية وحجيتها ، دار شتات للنشر ، مصر، ٢٠١٠ ، ص٢١٣.
٣- باستثناء المشرع التونسي الذي اجاز استخدام الطرق العلمية في اثبات النسب.

ولكن بالرغم ما جاءت به المادة (١٠٤) الا أنها كانت محل خلاف لدى فقهاء القانون ، فنجد البعض ذهب إلى القول أن ماجاء بنص المادة اعلاه واخذ القانون بوسائل التقدم العلمي وأن الحكم بها من قبل القاضي أنما هو على سبيل الجواز لا الإلزام ، والسبب في ذلك يرجع إلى عدم الدقة في تحديد هذه الوسائل لذا يمكن للقاضي أن يستفيد منها على سبيل الجواز ، وعدها من القرائن القضائية ، فضلاً عن ذلك أن مصلحة العدالة أن استلزمت في الوقت الحاضر الإخذ بوسائل التقدم العلمي لأن هذه المصلحة يجب أن تنسجم مع تقدم الطب في بلادنا إلى الدرجة التي يمكنها أن تؤدي إلى تحقيق هذا الغرض[١] ، في حين أن البعض الآخر يرى أن ماجاء به قانون الإثبات في نص المادة (١٠٤)هو مجرد توجيه جاء على سبيل الاستحياء من الإخذ بالوسائل العلمية ، فأن ماجاء بالنص لم يعالج الكثير من الأمور التي فرضت نفسها في الحياة العملية وهذا يعد قصور من قبل المشرع العراقي [٢].الا أنه يعد ماجاء به هو الراجح إذ جعل البصمة الوراثية والوسائل العلمية الأخرى قرينه قضائية وعلى الرغم من اهميه القرائن القضائية من الناحية العلمية الا أنها لا تخضع لأي حصر وذلك لاختلاف ظروف النزاعات في الحياة العملية ، واعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة في استنباط ما يراه في كل مایاتي به الخصوم من وســــــــــائل وبالرغم من زيادة اهمية الإخذ بالقرائن القضائية نتيجة التعقيد الذي شاب النزاعات المعروضة امام المحاكم ، كذلك أن القوه القطعية لهذه الوسيلة وحجيتها في الإثبات جعلت القضاة ملزمين بالاعتماد عليها دون أن يصبغ عليها المشرع الصفة الإلزامية بجعلها قرائن قانونية [٣].

بيد أن الاستناد عليها والحكم بموجب البصمة الوراثية لا يخلو من الخطورة ، وذلك بسبب من ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية واسعة في استنباطها وكذلك اختلاف القضاة في تقديرهم لها كدرجة اليقين التي يصل اليها وقناعة القاضي ، فضلاً عن أن ترك تقدير هذه المسائل لسلطة المحكمة بوصفها قرائن قضائية فيها نوع من التقيد لقوتها في الإثبات [٤].

وعليه يمكن القول أن البصمة الوراثية في نطاق العمل بالقرائن القضائية لا تتناسب مع قيمتها العلمية خاصة في عصرنا الحاضر الذي اصبح بسبب تقدم التكنولوجيا وتطورها الحصول على ادلة قطعية

١- أنظر : د.ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، مصدر سابق ، ص٣٧١.

٢- أنظر : د. سعدون العامري ، طاولة مستديره حول قانون الإثبات العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة ، العدد الثاني ، السنه السادسة ، ١٩٨٠،ص ٣٦٤.

٣- أنظر : د. عباس العبودي ، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ، ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠٠٢، ص١٨.

٤- أنظر : الفقره الثانية من المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي التي تنص (للقاضي استنباط كل قرينه لم يقررها القانون وذلك في نطاق مايجوز اثباته بالشهادة).

لا يرفضها العقل والمنطق السليم ، الا أنه يمكن ايجاد العذر لما يتخلل قانون الإثبات من قصور وقت صدور قانون الإثبات لم تكن مثل هذه الوسائل العلمية قد تطورت كما هو عليه الآن ، مما جعلها مبرراً لجعل الوسائل العلمية بصوره قرائن قضائية ، ولكن التطور الذي نشهده يساعد على جعل الدليل المستمد منها يصل إلى درجة اليقين التي تتمتع بها القرائن القانونية.

الفرع الثاني

الموقف القضائي من استخدام تقنية البصمة الوراثية

سنعالج في هذا الفرع الموقف القضائي من استخدام تقنية البصمة الوراثية.

أن المتتبع الإحكام القضاء يجد مدى القبول الواسع الذي حظيت به البصمة الوراثية بوصفها وسيلة اثبات أو نفي بطريقة لا تقبل الشك ،فموقف القضاء عندما ذاع أمر اكتشاف البصمة الوراثية نجد ان للقضاء كان له موقف ورؤية شرعية اتجاه هذا الحدث الهائل ، فعلى الرغم من التقدم الهائل الذي حققته الهندسة الوراثية الا أنه مازالت الكثير من المحاكم الشرعية في بعض الدول الإسلامية لا تعد الفحوصات المختبرية حجة على القضاء[١].

اذ أن اهم عائق يقف امام الإخذ بالبصمة الوراثية في العالم العربي هو العائق المادي إذ يتطلب الإمر تجهيز معمل خاص متكامل من كافة المستلزمات ، لذلك اتجه القضاء العربي إلى عد البصمة الوراثية دليلاً مساعداً يساعد القاضي في تكوين عقيدته الشخصية متى ماطمئن القاضي إلى قوة الأدلة الفنية الماثلة امامة وعليه يصدر الحكم حسب العقيدة التي تكونت لدية بكامل حريته [٢] ، فالقضاء العربي لم يصل إلى الحد الذي وصل الية القضاء في الدول الأوربية بيد أن هناك بعض المحاولات من قبل القضاء العربي لمواكبة التطور والإخذ بالبصمة الوراثية [٣].

فبالنسبة للقضاء المصري الذي جعل من تحليل البصمة الوراثية دليلاً رابعاً يضاف إلى الطرق التقليدية – الإقرار ، البينة ، القرائن – إذ فسح المشرع في مجال النسب مجالاً واسعاً للحقيقة العلمية كي تعضد الحقيقة القانونية ، فالنسب ليس فقط حقيقة قانونية بل كذلك حقيقة واقعية والواقع لابد أن يكون متفقاً مع القانون ، اي أن الولد يجب أن يكون ابنا للزوج ليس فقط قانوناً بل بيولوجياً كذلك [٤].

١- أنظر : د. عباس أحمد الباز، بصمات غير الأصابع وحجيتها في الإثبات والقضاء، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، الإمارات، ٢٠٠٢م ص٧٧٨.

٢- أنظر : د. ابو الوفا محمد ابو الوفا ،مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم بمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ،المجلد ٢، الإمارات العربية،٢٠٠٢م،ص٧٢١.

٣- أنظر : د. غانم محمد غانم ، دور البصمة الوراثية في الإثبات ، مصدر سابق،ص٤٨٨.

٤- أنظر : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، مصدر سابق ، ١٤٢.

ونجد للقضاء المصري العديد من الإحكام المتعلقة بأثبات النسب أو نفيه عن طريق الـ(d.n.a) ، ففي حكم صادر لمحكمة الزقازيق الابتدائية للأحوال الشخصية (أن طرف الدعوى قد حضر امام المحكمة وطلب العدول عن التحقيق واعادة ا لدعوى للمرافعة وندب مصلحة الطب الشرعي لاجراء التحليل ، كما كأنت المحكمة وبهيئة مغايرة قد ندبت مصلحة الطب الشرعي والذي قدم احد خبرائها تقريره والذي اثبت أن الطفلان (ز) و(ن) هما ثمرة زواج المدعي (ر) والمدعي عليها (ك) ولما كأنت المحكمة قد اطمئنت لهذا التقرير اضافة إلى أنها قد احالت الدعوى إلى التحقيق الا أن المدعي قد طلب من المحكمة العدول عن حكم التحقيق واطمئنان المحكمة لتقرير الخبير، فأن طلب المدعي أنكار نسب الطفلين يكون في غير محله ، لذا قضت المحكمة بثبوت نسب الطفلين إلى كل من المدعي والمدعي عليها وتحمل المدعي اتعاب المحاماة لخسرانه الدعوى استنادا لنص المادة ٢١٨ من اللائحة)[١]. وفي قضية اخرى قدمت أمام القضاء المصري إذ اعتمد المدعي في صحيفة دعواه رقم ٥١٠ لسنة ١٩٩٧ أنه لا ينجب منذ سبع سنوات كونه عقيماً طالباً من المحكمة نفي نسب الجنين الذي تحمله المدعى عليها ، إذ تتلخص القضية أنه بتاريخ (١٩٩٦) تم زواج ودخول المدعي من المدعى عليها وفي عام ١٩٩٧ تم الطلاق ، إذا قدم المدعي تقارير طبية تفيد عدم قدرته على الإنجاب كونه عقيم منذ سبع سنوات اي عام ١٩٩٠ ، وقد قررت المحكمة اجراء تحاليل لذلك ، فكانت نتيجة التقرير الذي يبين فيه استحالة نسب الجنين للمدعي بسبب العقم وقررت المحكمة نفي نسب الجنين عنه [٢].

أما عن موقف القضاء العراقي فقد بحثنا سابقا أن قانون الإثبات قد فتح باباً واسعاً امام القضاء العراقي للاستعانة بوسائل التقدم العلمي ومنها اختبارات البصمة الوراثية في مجال الإثبات المدني والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، فبالرجوع إلى قرارات محكمة التمييز نجد أن محكمة التمييز قد جاريت موقف قانون الإثبات إلى درجة كبيرة ، ففي احد قراراتها ذهبت إلى ضرورة الاستعانة بالفحوصات المختبرية اذ ادعت المدعية بأنها ابنة المتوفى وأن المدعى عليه هو خالها وليس أبيها وأن زوجته ليست امها فينبغي على المحكمة تكليفها بالإثبات وأن تحيل الطرفين إلى الجهة المختصة لاجراء الفحوص المختبرية للخلايا النسيجية وعوامل الوراثة وصولاً إلى حكم عادل [٣].

١- أنظر : حكم محكمة الزقازيق الابتدائية الصادر في ١٩٩٦/١٢/٢٨، المشار الية من قبل د. رضا عبد الحليم عبد ، مصدر سابق ، ص١٣١.

٢- أنظر : د. خليفة علي الكعبي ، مصدر سابق ، ص١٢٢.

٣- أنظر : ١٦٣ موسعة اولى / ٨٨/٨٧ في ١٩٨٨/٥/٣٠ ، اشار الية شاكر محمود النجار ، احكام النسب في الشريعة والقانون مع قرارات محكمة التمييز ، ط١،بغداد ،٢٠٠٤،ص٢٠.

ونجد محكمة التمييز في حكم اخر قضت برد الدعوى لعدم ارسال طرفي الدعوى إلى اللجنة الطبية لفحص تطابق الأنسجة [١] ، وفي حكم آخر قضت المحكمة بثبوت زوجية المدعية من المدعي عليه بالبينة الشخصية وثبوت نسب الطفلة من فراش زوجيتهما بالبينة المتممة وبتقرير مديرية مستشفى الكرامة التعليمي والمتضمن تطابق العوامل الوراثية للطفلة مع العوامل الوراثية لوالديها المتداعين فصدقت محكمة التمييز هذا الحكم [٢]. وقد ذهبت بعض المحاكم العراقية وفي احكام عديدة إلى نفي صلة القرابة بين المتخاصمين عن طريق تحليل البصمة الوراثية ففي قرار لمحكمة التمييز جاء فيه اذا كأن الثابت من تقرير المستشفى الخاص بنتيجة فحص تطابق الأنسجة لأطراف الدعوى أن الصفات الوراثية للطفل (ن) لاتمت بصلة للصفات الوراثية للزوج (ح) وزوجته (س) وأن الصفات الوراثية للطفل تطابق الزوجين (ص، م) وأن الطفل هو ابن لهما ويجب تسليمة ومنع معارضة المدعي عليهما في ذلك [٣].

وفي حكم اخر تبين أن القرار المميز صحيح وموافق للشرع والقانون لأن المدعي اقام دعواه طالبا نفي نسب البنت (ش) اليه ونسبها إلى والدها الحقيقي المدعي عليه الثاني (س) ، وقد اجرت محكمة الموضوع تحقيقها واستخلصت أن المدعي عليه الثاني (س) هو والدها الحقيقي مستندة إلى كتاب صادر من دائرة الطب العدلي والمتضمن من خلال فحص البصمة الوراثية تبين لم ينفي هذا الفحص بنوة المدعوة (ض) من المدعي عليه الثاني (س) ، بينما نفى هذا الفحص بنوة (ض) من المدعو (م) وإذ أن الفحص المذكور من الوسائل العلمية في الإثبات ولا يتعارض في اعتماده وسبب للحكم مع القانون لذا قرر تصديق الحكم المميز [٤].

بيد أن محكمة التمييز قد ذهبت في احكام اخرى إلى عدم الإخذ بما أثبتته الخبرة العلمية في عدم وجود صلة بين طفل ورجل لاختلاف الجينات الوراثية الا أن المحكمة بررت بإبقاء نسب الطفل من الرجل وعدم الاعتداد بما جاءت به نتيجة الخبرة العلمية على اساس أن الاستعانة بالدليل البيولوجي يمثل انتهاكا لقاعدة الولد للفراش ، وثبوت النسب بسجلات الأحوال المدنية وباقي المستندات الرسمية

١- القرار (٩٤٣/ هيئة الإحوال الشخصية الإولى / ٢٠٠٨/ ت ١٠١٧ في ٢٤/ ٢٠٠٨/٣) القرار غير منشور، تم الحصول على القرار من خلال مراجعاتنا لأرشيف محكمة التمييز الاتحادية بعد الحصول على الموافقات الأصولية.
٢- أنظر : ٩٨ موسعة اولى / ٩١ في ١٩٩١/٨/١٤، مشار الية شاكر محمود النجار ، مصدر نفسه ، ص ٢١.
٣- أنظر : ٩٥ موسعة اولى / ٨٧/٨٦ في ٣٠ /١٩٩٥/٥ ، مشار الية ابراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية ،ط١/ مطبعة اسعد ،بغداد ،١٩٨٩،ص٣٦٠.
٤- أنظر : العدد ٣٠٤٤ تسلسل ٢٥٩٢ في ٢٠١١/٥/٩ ، اشار الية ربيع محمد الزهاوي ، عالم دعاوى محاكم الأحوال الشخصية ،ط٢، مكتبة السنهوري ، بغداد ،٢٠١٣، ص١٠٣٨.

ولا يمكن اثبات عكسها الا بالطعن بالتزوير[١]. بيد أن مسألة تعارض استخدام الدليل البيولوجي مع احكام الشريعة لابد أن تثيره المحكمة قبل اللجوء إلى الخبرة وليس بعد ذلك ، إذ أن قانون الإثبات اوجب أن يكون قرار المحكمة مسببا في حالة رفضها لما جاء به الخبراء من رأي[٢] ، اذ أن سماح المحكمة لطرفي الدعوى اللجوء إلى فحص البصمة يعد اقراراً ضمنياً بالتعويل على ما يقدمه هذا الاختبار من ادلة تثبت أو تنفي النسب. أن الصلاحيات التي اعطاها المشرع للقاضي أنما هي تطبيق عملي للوصول لأهداف قانون الإثبات الرامية لتوسيع صلاحية القاضي ، والواضح أن القضاء العراقي قد اخذ بالبصمة الوراثية كقرينة قضائية في حالات اثبات النسب فالفحوصات المختبرية للبصمة الوراثية هو أمر ثابت يرقى إلى درجة اليقين ، وزبدة القول أن اثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية هو اثبات عن طريق القرينة القضائية ، أما اثبات النسب بالزواج فهو اثبات بالقرينة القانونية[٣].

١- القرار (٢٣٦/ هيئة الأحوال الشخصية الأولى / ٢٠٠٦/ في ٢٠١٦/٣/٢٩) القرار غير منشور، تم الحصول على القرار من خلال مراجعاتنا لأرشيف محكمة التمييز الاتحادية بعد الحصول على الموافقات الأصولية.
٢- أنظر : نص الفقره (١،٢) المادة (١٤٠) من قانون الإثبات العراقي النافذ.(اولا – للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها. ثانيا – راي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها اذا قضت بخلاف رايه ان تضمن حكمها الاسباب التي اوجبت عدم الاخذ براي الخبير كلا او بعضا.)
٣- أنظر : نص المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ.

الفصل الثالث

الموازنة بين طرق اثبات النسب

إن النسب من المسائل المهمة التي حرصت احكام الشريعة السمحة والفقهاء في اجتهاداتهم على صونه وحمايته فهو من أهم الأمور التي تمس شخصية الأنسان وتؤثر فيه فقد احتاطت الشريعة بثبوته بأدنى دليل والتشدد في نفيه الا بأقوى دليل ، فالنسب من حيث الاهمية يعد من أكثر المباحث الفقهية والقانونية لما يترتب عليه من حقوق والتزامات ترتبط بأحكامها جملة من القواعد الشرعية والآثار الفقهية أن وسائل الإثبات تختلف من عصر لآخر تبعاً لتباين المستوى الاقتصادي والثقافي والاجتماعي لكل مجتمع ، وأن أهم الطرق المستخدمة في اثبات النسب هي الفراش والإقرار والبينة ، ولكن من نعم الله على عبادة هو العلم إذ اصبح واضحاً ضرورة الاستعانة بوسائل التقدم العلمي في الإثبات من غير الاعتداء على حرية الأنسان ، فالبصمة الوراثية التي تعد طريقاً علمياً لا يتنافى مع الطرق الشرعية بل أنما تولد حالة من الاطمئنان للوصول إلى الحقيقية وأن الحاجة إلى مثل هذه الوسيلة العلمية والتقنية قد تزايدت الحاجة اليها في عصرنا بحل إشكالات عديدة في حياتنا سواءً في اثبات ونفي قضايا النسب دون ادنى شك وجرائم القتل وتحديد الجنس فضلاً عن استخدامها في العلاجات الطبية من غير المساس بحق الخصوصية إذ يتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون بتقرير هذا الحق وهم يتفقان ايضا بكون هذا الحق ليس مطلقاً بل مقيد بحدود الشرع وعدم التعارض مع حقوق اخرى اولى بالتقديم سوف نخصص هذا الفصل للموازنة بين طرق الإثبات وذلك من خلال تقسيم الفصل إلى ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول الاختلافات الشرعية والقانونية ، والمبحث الثاني لاتساع نطاق استخدام البصمة الوراثية ، وجاء المبحث الثالث للمعوقات التي تواجه البصمة الوراثية وحسب الاتي :-

المبحث الأول

اوجه الاختلاف بين الطرق التقليدية والحديثة

أن دقة الشريعة الإسلامية في معالجه المشاكل الثائرة بشأن النسب وحتى المسائل الحادثة إذ كان لها الفضل الكبير في تنظيم القواعد الخاصة بها وتبويبها ، وأن دل هذا على شيء فأنما يدل على الكمال الإلهي، فالشارع يحتاط للأنساب ويكتفي في إثباتها بأدنى سبب ، واذا ما ثبت النسب فأنه يشدد في نفيه ، ولا يحكم به الا بأقوى الأدلة ، وسوف نحاول في هذا المبحث ايجاد اهم اوجه الاختلاف بين الطرق التقليدية والحديثة ، فسنتناول في المطلب الأول الاختلافات الشرعية ، والمطلب الثاني الاختلافات القانونية . وكما يلي :-

المطلب الأول

الاختلافات الشرعية

إن الأحكام الشرعية التي توصل اليها فقهاء المسلمين في مسألة اثبات النسب قائمة على اساس الالتزام بأوامر الشرع ، فبين الطرق التقليدية والحديثة هناك اختلافات شرعية وعليه سوف نقسم هذا المطلب على فرعين تناولنا في الأول الاختلاف من حيث قوة الدليل ، والفرع الثاني لنفي النسب . وحسب الاتي :-

الفرع الأول

قوة الدليل

إن الدليل هو قوام حياة الحق ، وإن الحق ليتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدئ له ، فهو الوسيلة التي يتقرر بموجبها مصير الدعوى فأن عرت عنه تعد لاغية ولا تخرج عن مجرد ادعاء [1]. وقد نظم الإسلام دستور ثابت بما نص عليه القرآن الكريم من آيات تناولت قواعدة نصاً ، أو بما ورد عن الرسول (ﷺ) في ثنايا احكامه أو في تعليمه لمن كان يرسلهم كقضاة أو مرشدين فقد جاء في قوله سبحانه " وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوْكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيْدُ اللهُ أَنْ يُصِيْبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوْبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيْرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُوْنَ"[2]، وماورد عن الرسول (ﷺ) إذ قال " لو يعطى الناس بدعواهم ، لدعى ناس دماء

١- أنظر : محمد بدر المنياوي ، التحليل الجيني وحجيته في الإثبات ، بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة ، سلسلة مطبوعات العالم الإسلامي ، المجلد الثالث ، مكة المكرمة ، السعودية ، ٢٠٠٣،ص٧٨٧.

٢- أنظر : الآيه (٤٩) من سورة المائدة.

رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه "[1]، فالشريعة الأسلامية هي شريعة متكاملة، لا تشوبها شائبة في كل زمان ومكان، اذ أن القرآن الكريم هو دستورها، والسنة النبوية منهجها، فما بالك بدستور وضعه الله سبحانه وتعالى ، وهو المنزه عن الخطأ والزلل ، فضلاً عن ذلك ما أضافهُ الفقهاء من ثروة فقهية عظيمة تتمثل في كتاباتهم المسهبة في جميع نواحي الحياة ،أن أدلة الإثبات التقليدية تستمد قوتها من الكتاب و السنة وهو موضع اتفاق بين الفقهاء قال تعالى " وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ "[2] ، وقوله تعالى "وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ"[3]، فهذه النصوص الكريمة تدل صراحة على أن النسب لايلحق بالزوج الا من كان من جماعه أي من صلبه ، فالفراش هو السند الرسمي لثبوت النسب إذ جاء في قول الرسول(ﷺ) " الولد للفراش وللعاهر الحجر"[4]، ونجد صراحة النص بالنسبة للإقرار في قوله تعالى "قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوا أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَاشْهَدُوا وَأنا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ"[5]، في حين نجد الشهادة في قوله تعالى " فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَؤُلاءِ شَهِيدًا "[6]، بيد أن صراحة هذه النصوص سواءً في القرآن الكريم أو السنة الشريفة لا يعني أن الإسلام يصادم العلم ويناقضه ، فهو لم يكن عدواً للعلم بل يعد حاضناً للعلم والدليل على ذلك قوله تعالى" اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ " [7] .ولأهمية العلم وخطرة في التأثير على مسار الأنسان نجد أن القرآن الكريم يميز بين العلماء من حيث الدرجات قال تعالى " .. قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لا يَعْلَمُونَ "[8] ،وقولة تعالى " .. فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ "[9] ،وماروي عن الرسول الكريم (ﷺ) قـــال " من يريد الله به خيراً يفقهه في الدين "[10] ، فكما تتفرع طائفة من المسلمين في الدين تتفرع طائفة أخرى لتعلم بقيه العلوم وفقا لما تتطلبه الحضارة وتتطور الإمة الإسلامية . ومما تجـدر الإشارة اليه إلى أن الشريعة الإسلامية قد اخذت بالقرينة ولها اهميه كبيره من حيث الإثبات أو

١-- أنظر : ابي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، حديث ٤٤٤٦ ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩.
٢- أنظر : الآيه (٢٣) من سورة النساء .
٣- أنظر : الإيه (٧٢) من سورة النحل.
٤- أنظر: محمد بن يعقوب الكليني ، مصدر سابق ، ص٣٦٤.
٥- أنظر : الإيه (٨١) من سورة ال عمران .
٦- أنظر : الاية (٤١) من سورة النساء .
٧- أنظر : الاية (١-٥) من سورة العلق.
٨- أنظر : جزء من الإيه رقم (٩) من سورة الزمر.
٩- أنظر : جزء من الإيه (٤٣) من سورة النحل .
١٠- أنظر : محمد بن اسماعيل البخاري ، حديث ٧١، مصدر سابق ،ص ٣٩.

النفي بما لايقل عن الإقرار أو الشهادة [١]، إذ استخدم القرآن الكريم القرائن كأدلة للأثبات نجد في قوله تعالى "وَجَاءُوا أَبَاهُمْ عِشَاءً يَبْكُونَ قَالُوا يَا ابَانَا أنا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ ۖ وَمَا أنتَ بِمُؤْمِنٍ لَّنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ وجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ۚ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أنفُسُكُمْ أَمْرًا ۖ فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ۖ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ"[٢]، ففي هذه الواقعة أخوة يوسف ادلوا بواقعة ثابتة وهي الدم الذي لطخ القميص ، ولكن يعقوب (عليه السلام) ابطل هذا الاستدلال باستدلال أقوى منه وهو لو كان الذئب قد أكل يوسف لمزق القميص فرجح بين قرينتين وأخذ بالأقوى وهي سلامة القميص[٣]، وفي قوله تعالى " وَلَمَّا فَصَلَتِ الْعِيرُ قَالَ أَبُوهُمْ إِنِّي لأَجِدُ رِيحَ يُوسُفَ لَوْلا أَنْ تُفَنِّدُونِ "[٤]، ففي الآيه الكريمة تأكيد لبصمة رائحة يوسف التي تميزه عن سائر البشر، وقد تم استخدام هذه الصفة التي اشار اليها القرآن الكريم (بصمة العرق) في تتبع آثار أي شخص ، إذ أنه في الوقت الحاضر يتم استخدام جهاز قياس الرائحة ويتم تسجيل مميزاتها على صورة مخططات علمية لكل شخص ، التي تبقى ثابته في المكان حتى بعد مغادرة المكان[٥]، فالبصمة الوراثية هي وسيلة من وسائل الإثبات . من خلال ماتقدم لا يمكن أنكار قوة دليل الطرق التقليدية والتي لا تحتاج إلى تفسير لصراحة النصوص وتفوقها على البصمة الوراثية :-

الفَـرع الثـــاني

نفي النسَب

إن من اجمل محاسن الشريعة الإسلامية رعايتها للأنساب وعنايتها بالحفاظ عليها ، ومن مظاهر ذلك تركيزها على ثبوت النسب ودوامه ،وتسهيلها في إثباته بأدنى الأسباب وأيسرها ،وتشديدها في نفيه وإبطاله متي ما ثبت بأحد الطرق المشروعة ، إذ لا تقبل الشريعة الإسلامية نفي النسب بعد ثبوته الا عن طريق واحد وهو اللعان [٦]. فقد جاء في قولة تعالى " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ

١- أنظر : د. هاشم فارس الجبوري ، القرائن واثرها في الإثبات في الفقه الإسلامي ، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات الإسلامية ، العدد ٥، جامعة تكريت ، الهيئة العلمية الاستشارية ، ديوان الوقف السني ، ٢٠٠٦،ص٢.

٢- أنظر : الإيات (١٦-١٧-١٨) من سورة يوسف .

٣- أنظر : د. محمد حسين التجكاني ، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية ، دار الشؤون التقافية ، بغداد ، بلا سنه ، ص ٢٧٦.

٤- أنظر الإيه (٩٤) من سورة يوسف .

٥- أنظر : محمد بدر المنياوي ، مصدر سابق ، ص٧٩٠.

٦- أنظر : د. سعد الدين مسعد هلالي ، مصدر سابق ، ص٣٤٣.

غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ" [١] واللعان لا يشرع الا حين يعلم الزوج بزنا زوجته أي بالمشاهدة الا أن الفقهاء انقسموا حول شرط ادعاء المشاهدة إلى قسمين إذ يرى فقهاء الأمامية أنه لا يجوز القذف الإمـــــع ادعاء المشاهدة [٢]، فعن ابي عبد الله (ع) قال (اذا قذف الزوج امرأته فأنه لا يلاعنها حتى يقول رأيت بين رجليها رجلا يزني بها)[٣] ، أما فقهاء الحنفية فقد ذهبوا إلى القول بصحة القذف بالزنا مع عدم المشاهدة وبالتالي تصح شهادة الأعمى أو استفاض من الناس أو اخبره رجل ثقه [٤] . فاللعان يثبت اذن أما برؤية ، أو إخبار ثقه ، أو مشاهدة رجَل فَاجر يدخل عليها ، أو يخرج منها ، فأذا ما حصل شيء من ذلك ولم يكن ثمة ولد يحتاج الزوج إلى نفيه فالأولى به في هذه الحالة أن يكتفي بطلاقها لتحريم بقائها معه ، مع حفظ لسانه عن رميها بالفاحشة ستراً عليها ، وصيانه لحرمة فَراشه ، واذا كان هناك ولداً يحتاج الى نفيه سواء أكان حَملاً ، أو مولوداً ، فأنه لا ينتفي منه لولادته على فراشه الا بأن يلاعن زوجته ، ولا يصح اللعان الا بعد توفر عدة شروط وهي :-

١- أن يكون الزوجان بالغين وعاقلين.
٢- أن يكون الزوجان مسلمين أو كتابيين[٥].
٣- أن يكون الزوج مختاراً وغير مكره على اللعان .
٤- أنكار الزوجة للزنا .
٥- النطق ، أما اذا كأن الزوج أخرس وله أشاره مفهومه فيصح لعانه وهذا ما ذهب اليه فقهاء الأمامية [٦]،أما فقهاء الحنفية فذهبوا إلى عدم صحة لعان الأخرس لأن اللعان يعتبر من الشهادات المؤكدات [٧] .

فهذه جمله الشروط التي اشترطها الفقهاء لصحة اللعان، ولهم في ذلك تفاصيل واسعة ، وليس هذا محلاً لبيانها . ومن تشديد الشارع في نفي النسب بعد ثبوته أنه حصر نفيه بطريق واحد فقط وهو اللعان ، واشترط لإقامته شروطاً كثيرة تحد من حصوله ، وتقلل من وقوعه - وقد سبق بيانها – وبناءً

١- أنظر : الآيه (٤-٥) من سورة النور.
٢- أنظر : ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الأمامية ، مصدر سابق ، ص١٠.
٣- أنظر : محمد بن الحسن العاملي ، نهاية المرام ، مصدر سابق ، ص٢٢٣.
٤- أنظر : ابن نجيم الحنفي ، مصدر سابق ، ص٩٠.
٥- أنظر : شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص٤٠ . وكذلك أنظر : الشيخ الصدوق ، المقنع ، ط١،مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، بلا سنه ، ص٣٥٧.
٦- أنظر : الشريف المرتضى ، مصدر سابق - ص ٣٢٩ .
٧- أنظر : شمس الدين السرخسي ، مصدر نفسه ، ص٤٢.

على ذلك فأنه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت ، كما لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب بمقتضي نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه ، وذلك لأن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع ولــه صفة تعبدية فــي إقامته فلا يجوز إلغاؤه ، وإحلال غيره محله ، أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين به[1] . وخلاصة القول أن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب أما غيرها من الطرق فلا يعتد بها الإ في بعض الحالات التي سبق وأن تم الإشارة إليها.

المطلب الثاني

الاختلافات القانونية

إن أدلة الإثبات بأختلاف أنواعها تتمايز من الناحية القانونية فنجد أن أدلة الإثبات التقليدية بقيت وعلى مدى طويل تعتلي الهرم من بين أدلة الإثبات الأخرى ، ولكن هل صمدت في ظل ظهور التقنيات الحديثة وثورة المعلومات التي اجتاحت جميع مفاصل الحياة وفي دول العالم المختلفة ولبيان ذلك سوف نقسم المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول حجية الطرق التقليدية ، أما الفرع الثاني حجية الطرق الحديثة (البصمة الوراثية) مع الإشارة إلى كل من موقف القانون العراقي والمصري وكما يلي :-

الفرع الأول

حجية الطرق التقليدية

لابد من التأكيد على أن الإسلام وحرصاً منه على استقرار العلاقات الاجتماعية وتماسكها فقد عني اهتماماً بالغاً بتنظيم الأسرة باعتباره اللبنة الأولى في البناء الاجتماعي وباختلالها سوف تختلّ الحياة الاجتماعية برمّتها وتكون مهدّدة بالتفكُّك، وفي ضوء ذلك فقد حرص الإسلام على أن يكون التوالد داخل نطاق الأسرة من خلال العلاقة الشرعية بين الزوجان، وقد اعترف بكلّ ما ينتج عن هذه العلاقة من أولاد وما ينشأ عنه من علاقات القربى والنسب، ورفض التلاعب بهذا النظام عــادّاً أي عــلاقة لا يحكمها نظام الزواج هي علاقة غير مشروعة، وما ورد في الحديث النبوي الشريف: **"الولد للفراش وللعاهر الحجر"**[2]، فهو قاعدة ظاهرية وموردها الشكّ وإمكانية أنتساب الولد للزوج، كما لو زنت المتزوّجة ولم يدر أن الولد للزوج أو للزاني ولم يكن ثمّة سبيل لمعرفة ذلك فيحكم

١- أنظر : د.عمر السبيل ، مصدر سابق ، ص٤٦.

٢- أنظر : محمد بن يعقوب الكليني ، مصدر سابق ، ص٣٦٤.

ـ على وفق الحديث الشريف ـ بأنه للزوج وهو الفراش، وأما الزاني فليس له سوى الحجر وهو كناية عن الرجم أو الخيبة [١]،أما الإقرار فيعد أقوى الأدلة في المنازعات المدنية وقيل أنه سيد الأدلة ، لما له من حجية قانونية بموجبها يُحسم النزاع ويَرجع الحق إلى نصابهِ ، وقد عد المشرّع العراقي الإقرارَ القضائي احد طرق الإثبات في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩. وعالج ما يتعلق بهذا الإقرار وحجيته من المادة (٥٩) إلى المادة (٦٩) ، وهذه المواد هي من القواعد الموضوعية التي سبق أن نُظمت في مجلة الإحكام العدلية ثم في القانون المدني العراقي قبل صدور القانون اعلاه ، باستثناء الفقرة ثانياً من المادة ٦٤ اذ كانت في قانون المرافعات ، هذا من ناحية ومن ناحيه اخرى ، يُعد الإقرار تصرفاً قانونياً ارادياً كبقية التصرفات القانونية ينطبق عليه ما ينطبق عليها مـــــن القواعد العامة [٢].

أن الإقرار في القانون المدني له الحجية المطلقة في الإثبات وبذلك فأن قاضي الموضوع لا يملك أي اختصاص في تقدير حجيته ، فهو حجة قاطعة على المقر ولا يجوز إثبات عكسها ولا يمكن لمن أصدره الرجوع عنه ولا يجوز تجزئته [٣].أما بالنسبة للشهادة فنجد حجيتها على عكس الإقرار إذ تخضع لسلطة المحكمة التقديرية فهي تعد حجة غير ملزمة [٤] ، إذ تقبل اثبات العكس بشهادة شهود آخرين أو دليل آخر من ادلة الإثبات ، الا أن حجية الشهادة تخـــــــــــتلف عن الإقرار في أنها حجة متعدية وهي بذلك تشابه الدليل الكتابي [٥] .

الفرع الثاني

حجية التقنيات الحديثة (البصمة الوراثية)

أن البصمة الوراثية على مستوى النصوص لا تعدو أن تكون دليلاً خاضعاً لتقدير المحكمة ، فعلى وفق مبدأ حرية الإثبات القائم على اساس الاقتناع الذاتي الذي لم يحدد قوة كل دليل على حدة بقدر ما ترك الإمر لسلطة القاضي التقديرية إذ تكون له مطلق الحرية بتقدير الأدلة المقدمة وربط بعضها مع بعض وفحص قوة كل دليل لأجل الوصول إلى حكم يطمئن لـه الضمير [٦]. فبظهور الإثبات بالأدلـة

١-- أنظر : حسين الخشن ، حق الطفل في النسب ، مقال منشور على الموقع ، http://www.al-khechin.com ، تاريخ الزيارة ٢٠١٦/١٢/١٠.

٢- أنظر : طارق عبد الرزاق شهيد الحَمّامي، حجية الإقرار في الإثبات ، رسالة ماجستير تقدم بها إلى مجلس كليه القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠٨،ص٣٦.

٣- أنظر : حسين المؤمن ، نظرية الإثبات القواعد العامة الإقرار واليمين، مصدر سابق ، ص٨٠ .

٤- أنظر : نص المادة (٨٤) من قانون الإثبات العراقي ، وايضا نص المادة (٦٩) من قانون الإثبات المصري.

٥- أنظر : د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص٢٠٤.

٦- أنظر : د. عمار تركي عطية ، مصدر سابق،ص٩٧.

العلمية ادى ذلك لتعاظم دور الخبراء في ابداء خبراتهم الفنية فيما يعرض عليهم من قضايا تتعلق بالجانب الطبي إذ يتطلب ذلك توافر خبرات فنية غريبة على التكوين القانوني للقاضي[١]، لذلك قد يجعل الإثبات بالوسائل العلمية القول الفصل بالدعوى للخبير وليس للقاضي سوى الإذعان [٢]. ولكن مما تجدر الإشارة اليه أن الإثبات بالوسائل العلمية لا تتعارض مع مبدأ حرية قناعة القاضي فالإمر لايعدو اتساع لمجال الاستفادة من القرائن واعمال الخبرة في اطار قناعته ووفقاً لما يستريح اليه ضميره [٣] . فالسمات التي تتميز بها الأدلة العلمية قد تدفع البعض إلى الاعتقاد أن ذلك يؤدي إلى انكماش وتضال حرية القاضي الا أن هذا التصور غير صحيح لأنه يجب التميز بين أمرين أحدهما هو القيمة القانونية القاطعة للدليل العلمي ، أما الآخر فهو الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل وهذا يدخل في نطاق تقدير القاضي ، إذ يعتبر من طبيعة عمـــلة إذ بمقدوره أن يطرح قيمـــة هــذا الدليل بالرغم من قطعيته عنـــــدما لا يجد تناسق منطقي مع ظروف الواقعة ، فالدليل العلمي هو ليس آله معدة لأقناع القاضي بخصوص مسألة غير مؤكدة [٤] ، وللقاضي من تلقاء نفسه أن يقرر الاستعانة بخبرة الخبراء حتى وان لم يطلب الخصوم ذلك ، خاصة اذا تعذر عليه البت في موضوع النزاع [٥] ، والقاضي أذا اراد الاستعانة بالخبراء يتوجب عليه أن يصدر قرار بذلك [٦]، ويجب أن يشتمل تقرير الخبير على الأمور كافة التي طلب ابداء الرأي فيها مفصلاً والنتائج التي تم التوصل اليها ، إذ يبقى لقاضي المـــوضوع الرأي الفـــاصل بالدعوى ، وليس لتقرير الخبير علـــى القاضي اي حجيه قـــانونية ملزمة ، بل أن كل ما يقدمه هو اقناع القاضي مع ما يتجه إليه الخصوم من قـــوة تفنيد رأي الخبير ، الذي علـــــى القاضي تكوين عقيدتـــه مـــن كل ذلك لغـرض اصدار حكم عادل [٧]. والمشـــرع العراقي قد نظم النصوص القانونية المتعلقة بأثبات النسب في قانون الأحوال

١- أنظر : د. محمد حسين الحمداني ، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ١٣، العدد ٤٩ ، السنة ٢٠١٦ ، كلية الحقوق – جامعة الموصل، ص٣٤٩.

٢- أنظر : د.حسين محمود ابراهيم ،الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات ،دار النهضة،القاهرة ، ١٩٨١، ص٧٩.

٣- أنظر : د.محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٧٧٢.

٤- أنظر : د. هلالي عبد اله احمد ، حجيه المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهره ، ١٩٩٧ ، ص٤٦.

٥- أنظر : د.ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، مصدر سابق، ص٣٧٧.

٦- أنظر : نص المادة (١٣٧) من قانون الإثبات العراقي (يكون تعيين الخبراء بقـرار يصدر من المحكمة مشتملا البيانات الأتية : ١- اسم الخبير ومهنته وغير ذلك من البيانات الدالة على شخصيته ٢- بيان الأمور التي يراد الاستعانة بخبرتهم ٣- موعد الإنتهاء من المهمه الموكوله اليهم ٤- المبلغ الذي يودع في صندوق المحكمة لحساب اجور الخبراء والمصاريف وموعد ايداع هذا المبلغ ومن يلزم بايداعه من الخصوم وما يصرف من هذا المبلغ مقدما).

٧- أنظر : سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص٣٦٠.

الشخصية النافذ [١]، ونظم القانون احكام النسب في المواد (٥١-٥٤) منه [٢] . وفي هذه المواد نجد أن المشرع العراقي قد ذكر اهم المبادئ العامة لأحكام النسب ، تاركا للقضاء الرجوع للأحكام الأكثر ملائمة بعد أن وجد المشرع أن من المتعذر عليه وضع قانون يجمع الإحكام ، لكافة المسائل الكلية والجزئية [٣]. فقد اجاز المشرع الإثبات عن طريق الفحوصات الطبية ، إذ أجاز اثبات اسباب التفريق بوسائل الإثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع أذا كانت متواترة ويعود تقديرها للمحكمة باستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينه لأثباتها[٤].

في حين نجد في موضع آخر أن القانون قد حدد الإثبات بشكل صريح عن طريق تقرير طبي في حالة اثبات عنه الزوج وعدم قدرته على الانجاب بواسطة تقرير طبي صادر عن لجنة طبيه رسميه مختصة [٥] ، ونجده واضحاً في القرارات القضائية ، إذ جاء " للزوجة طلب التفريق اذا كان الزوج عقيما أو ابتلي بالعقم بعد الزواج" ، فقد جاء في تقرير اللجنة الطبية من دائرة صحة كركوك المرقم ٤٤٤٣ في ٢٠٠٨/٨/١٩ ،أن المميز المدعي عليه عقيم وأن المميز عليها المدعية مضى زواجهما اكثر من خمس سنوات الا أنه لم ينجب منها طفلاً وعملاً بأحكام المادة ٥/٤٣ من قانون الأحوال الشخصية قرر تصديق الحكم [٦].أما بالنسبة للقانون المصري فقد منع سماع الدعوى أذا أثبت الزوج عدم تلاقيه بالزوجة من حين العقد إذ يترتب عليه الا تسمع الدعوى بثبوت النسب عملاً بالفقرة الأولى والتلاقي هو مجرد الاجتماع أو المقابلة بصرف النظر عن الدخول والخلوة إذ يثبت نسب ولد الزوجة في أي وقت أتت به مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربي عقد الزواج بينهما مع إقامة كلاً منهما في جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعاً

١- أنظر : المادة الإولى من قانون الإحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩(١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها .٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون . ٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالإحكام التي اقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

٢- اذ جاء في المادة (٥١) (ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشروط الآتية ١- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا)، أما المواد من (٥٢-٥٤) قد نظم الإقرار بالنسب.

٣- أنظر : د. شكر محمود داود و احمد حميد سعيد ، مصدر سابق ، ص٦٨.

٤- أنظر : نص المادة (٤٤) من قانون الأحوال الشخصية النافذ.

٥- أنظر : نص الفقره اولا / ٤ من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية النافذ .

٦- أنظر : قرار محكمة التميز المرقم ١٩٩٢/ شخصية اولى / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١١/١١ ، منشور في النشرة القضائية الصادرة عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية ، مجلس القضاء الأعلى ، العدد السادس ، نيسان ، ٢٠٠٩ ، ص١٠.

تصح معه الخلوة بناءً على مجرد جواز الاجتماع بينهما ، كذلك أن الزوجة اذا عاشرها زوجها ثم غاب عنها فأنها لو ولدت بعد مضي أكثر من سنة قضي بعد سماع الدعوى إعمالاً لحكم الفقرة الثانية من المادة باعتبار أن أقصى مدة للحمل اعتمدها القانون هي سنة ، كما لا تسمع دعوى إثبات نسب ولد من المطلقة بائناً إذا أنكره الزوج طالما أقام الدليل على أن ولادته تمت بعد مضي سنة ميلادية على تاريخ الطلاق أو غيابه عن الزوجة ، كما لا تسمع أيضاً الدعوى إذا توفى الزوج وثبتت ولادة الولـــد بعد مضي أكثر من سنة ميلادية من تاريخ الوفاة عمـلاً بالفقرة الأخيرة من المادة [1].

من خلال ما تقدم يتضح مدى قوة حجية الطرق التقليدية في الإثبات ، الا أن ذلك لا يعني أن البصمة الوراثية ليس لها الحجية في الإثبات نتيجة عدم وجود النصوص القانونية في بعض الدول التي لم تنظمها ، الا أنه من الممكن تطويع ما موجود من النصوص القانونية لتتلائم مع البصمة الوراثية ، فضلاً عن أن الطرق التقليدية بالرغم من قوتها في الإثبات الا أنها لاتخلو من السلبيات التي تعتريها وكما سنرى.

١- أنظر : نص المادة (١٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غياب الزوج عنها ، ولا ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا اتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة).

المبحث الثاني

تزايد دور الطرق الحديثة في المجال الطبي والجنائي

بعد أن تحولت البصمة الوراثية من مجرد بحوث ونظريات ودخلت حيز التطبيق العملي ، نجدها دخلت بالعديد من المجالات غير اثبات النسب ، فكأن دورها بارز في البحوث العلمية والطبية فضلاً عن دورها الكبير بالتحقيقات الجنائية ، ولهذا قسمنا هذا المبحث على مطلبين الأول نتناول فيه دور البصمة في المجال الطبي ، أما المطلب الثاني فسيكون لدورها بالمجال الجنائي ومدى قوتها الثبوتية مقارنة بالطرق التقليدية ، أما المطلب الثالث فكان بآلية عمل البصمة في العراق ، وحسب الآتي :-

المطلب الأول

دور البصمة بالمجال الطبي

كانت القوانين الطبية مغلفة بحجاب كثيف من السرية والغموض ، فالعلم كما نعرفة اليوم لم يكن كما في السابق ، فبحلول القرن التاسع عشر شهدت هذه الفترة اكتشافات علمية كثيرة ، إذ ساعد فك شفرة الـ D.N.A من انتشال الناس مما كانوا عليه والتخلص من العديد من الإمراض الوراثية فضلاً عن التحكم في جنس الجنين ، وهذا ماسوف يتم التطرق إليه من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول

الدور العلاجي للبصمة الوراثية

ترجع الاف الأمراض إلى وجود مورثات خطيره على الإنسان ، ولكن مالبث أن تطور الطب عن مراحلهِ الأولية ، فكان لهذا التطور الفضل الكبير بما يعود به على المجتمعات اجمعها ، اذ تستخدم البصمة الوراثية في علاج بعض الإمراض الوراثية التي تنتقل من الإباء إلى الأبناء عن طريق الجينات الوراثية وتوجد هذه الجينات على (الكروموسومات) وتشغل مكاناً بارزاً وثابتاً يدعى (مكان الوراثة) [1]. فدخل الطب مرحلة جديدة يعتمد على قراءة تتابعات الحامض النووي الـ (D.N.A) وتحديد موضع الخلل والوظيفة التي يقوم بها هذا المكان للحامض النووي ومن ثم تحديد الخلل الذي يلحقهُ بصحة الأنسان ، فالرصيد الوراثي لأي أنسان هو الشيء الوحيد الذي لايمكن استبداله بل يجب الحفاظ عليه ونقله إلى الأجيال التابعة ، وبناءً على ذلك يتم تدارك الأضرار الناجمة عنها عن المرض وعلاجه أو رفعه من الشريط الوراثي إذا تطلب الإمر ذلك [2].

١- أنظر : د. ظافر حبيب جباره ، مصدر سابق ، ص٨ .

٢- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ٥٠٥.

فقد تمكن العلماء باستخدام البصمة الوراثية في العلاج من خلال تعرفهم على التركيب الجيني للحامض النووي والذي يتباين من شخص لآخر ، إذ كان لذلك الإثر الهام في صناعة ما يعرف بالمحبس (Probe) ، الذي من خلاله يساعد على الكشف عن الحامض النووي للميكروب المسبب للمرض [١]. أما اهم التطبيقات العلاجية للـ (D.N.A) هي :-

١- تحليل الأورام :- لقد ساهم اكتشاف الـ (D.N.A) على وضع خطة وراثية لتحديد التغيرات التي تطرأ على الحامض النووي للأورام[٢]، فيستخدم (الليبوبلكس) الحاوي على الجين (HLA-B7) والمشفر لبروتين من بروتينات النظام المناعي الذي يعرف بمستخدمات التوافق النسيجي الرئيسية ، وعند عبور الخلايا السرطانية لهذا الجين فهي تحفز الجهاز المناعي لتمييز هذه الخلايا والتعرف عليها كسجم غريب ، ويعمل الجهاز المناعي على تدميرها بصوره تلقائية [٣].

٢- امراض الجهاز العصبي :- يعتبر الهانتجتون من امراض الدماغ التي تصيب الأنسان في سن الأربعين ، وتكون له نتائج وخيمه إذ يسبب الهلوسة والهذيان والهيجان اللاإرادي ، وقد يؤدي إلى الموت خلال خمس إلى عشر سنوات من ظهور اعراض المرض ، وقد تمكن العلماء من معرفة الجين المسؤول عن هذا المرض الذي يبلغ طولة ٢٠ الف زوج قاعدي إذ أمكن رصده وإعادة تنظيمه ، ويعد التخلف الذهني من الإمراض التي تصيب الجهاز العصبي إذ تمكن العلماء من كشف الجين المسؤول عن هذا المرض، وقد حدد العلماء لهذا الجين موقعاً وعنواناً هو(Xq27) ، وعلى هذا الإساس يستطيع العلماء التدخل لأصلاح العطل والخلل الذي يؤدي إلى ظهور هذا المرض [٤].ومن امراض الجهاز العصبي كذلك مرض شلل الرعاش الذي يعد من الإمراض التي تصيب كبار السن ، وقد نال هذا النوع من المرض نصيبا كبيرا من الدراسات والأبحاث حتى تم التوصل إلى سبب الإصابة بهذا المرض وهو ضمور وموت خلايا عصبية في منطقة معينة من المخ مما يؤدي إلى نقص في مادة الدوبامين ، وعند تَعويض ألنقص بهذه المادة يعود المصاب إلى وضعه الطبيعي ، وذلك عن طريق زراعة الخلايا التي تنتج هذه المادة في نفس المنطقة من المخ التي ماتت خلاياها وإصابها التلف [٥].

١- أنظر : د. عبد الهادي مصباح ، مصدر سابق ، ص ١٦١.

٢- أنظر : د. اياد مطشر صيهود ، مدى مشروعية التطويع العلاجي للجينات الوراثية البشرية ، ط١ ، ريم للنشر، بيروت ، ٢٠١١، ص٧١.

٣- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ٥٠٩

٤- أنظر : دانييل كيفلس، وليروي هود، الشفرة الوراثية للأسنان ، ترجمة د. احمد مستجير، ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب ، الكويت، ١٩٩٧، ص٨٧.

٥- أنظر : د. عبد الهادي مصباح ، مصدر نفسه ، ص٢٠٢.

وتجدر الأشارة إلى أن أهم ما توصلت إليه الدراسات العلمية في نطاق البصمة الوراثية ،هو الاستنساخ البشري الذي هز العالم بأسره، وأثار العديد من التساؤلات بين مؤيد ورافض، فمنهم من يعده من أعظم الإنجازات في تاريخ التطور العلمي ، ومنهم من يعده تجاوزاً للخطوط الحمراء التي خطتها الرسالات السماوية والأديان، وقد تم أجراء الكثير من التجارب عليه وتم الوصول إلى خواتيمه باستنساخ النعجة دوللي عام ١٩٩٧ [١] .

الفرع الثاني

التحكم بالجنس وصفاته

طبيعة الأنسان يصبوا إلى ما تشتهيه نفسه من صفات الكمال لنفسه ولذريته، فقد عرفت الحضارات القديمة كاليونانية والفرعونية والصينية طرقاً عديدة لاختيار جنس الجنين ، واغلب هذه الطرق كانت تعتمد بشكل اساسي على السحر والخرافات والأدوية العشبية ، الا أنه مع التطور الذي شهده الطب والتوصل إلى فك شفرة الـ (D.N.A) ، إذ استطاع العلماء أن يستخدموا طريقة معينه لتحديد الجنس حسب رغبة الأبوين وذلك بعزل نوعي للحيوانات المنوية المسؤولة عن الذكورة ذات الصبغة Y عن تلك المسؤولة عن الأنوثة ذات الصبغة X ، في أنبوب اختبار [٢] ، ومن ثم تتم عملية الإخصاب بالنوع المرغوب به ، إذ يتم تلقيح الأم صناعياً بنوع الحيوانات المنوية ذكريه كانت أم أنثويه [٣] . أما الأسباب التي يتم فيها تحديد الجنس فأن البعض منها طبية ، إذ أن بعض الإمراض الوراثية تحدث بجنس معين دون الآخر كمرض الضمور العضلي الوراثي والتخلف العقلي المرتبط بالجنس ، وأن معظم هذه الأمراض مرتبطة بالجنس عند الذكور دون الإناث [٤]. وقد تكون الأسباب شخصية فبعض الأزواج يفضلون الذكور على الإناث أو بالعكس ،أو قد يكونوا قد أنجبا عدة ذكور ويرغبان بأنجاب أنثى أو بالعكس فيتم اللجوء إلى الطب لغرض ايجاد نوع من التوازن داخل الأسرة ولا يقتصر الأمر على التحكم بجنس الجنين بل يتعدى لاختيار صفات وراثية معينه للجنين وحسب الرغبة كالذكاء والقوه ولون العينين والشعر من خلال تقنية الـ (D.N.A)بالضغط الحراري وغربلة الجينات الوراثية غير المرغوبة واستبدالها بالجينات التي تحمل الصفات المرغوب فيها[٥].

١- أنظر : د. هاني رزق ، مصدر سابق ، ص١٦.
٢- أنظر : د. احمد مستجير ، البيوتكنولوجيا ، ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص٤٨.
٣- أنظر : د.هدى حامد قشقوش،البصمة الوراثية،بحث منشور في مجلة العدل،العدد٢٣،الرياض، ٢٠٠٥، ص٩٢.
٤- أنظر : مقال منشور على موقع معهد اطفال الأنابيب في امريكا www.microsort.net.
٥- أنظر : د. احمد مذكور ، الضوابط الأخلاقية للممارسة البيولوجية ، بحث منشور في وقائع الندوة المصرية للجنة الوطنية اليونسكو ، القاهره ، ١٩٩٧ ، ص٢٦٦.

أن التحكم بالصفات الوراثية يكون عن طريق أجراء تعديل أو أضافة أو تبديل للمادة الوراثية الـD.N.A ، وهذا يتم عن طريق وسائل مختبريه عالية الدقة إذ يتم بواسطتها الدخول إلى تسلسل الجينات الحاملة للصفات الوراثية ، فأذا امكن الوصول إلى جين لون العين مثلاً وتم تعديله فأن ذلك سوف يغير هذه الصفات مستقبلاً من الأباء إلى الأبناء[١].

ما يلاحظ أن هذه التقنية يجمعها ضابط واحد وهو أنها بذاتها لا تمثل ضرراً أو نفعاً كوسيلة مجردة ، وأنما هي كسائر الوسائل القابلة للتوجيه ، فهي يمكن أن توجه إلى تحقيق المصالح ويمكن أن توجه إلى جلب المفاسد ، فعندما تكون هناك رغبة بتحديد صفات معينة ، فمعنى ذلك هو تلافي الإثار السيئة لعوامل الوراثة المتوقعة بالنسل ، اي العمل على اكثار النسل الجيد أو الحد من غير الجيد ، وهذا مايعرف بمصطلح اليوجينا ، واليوجينا كلمة اغريقية وتعني نبل الحسب [٢].

الا أن تحسين الصفات الوراثية وعلى الرغم من نبل الغاية في ظاهرها ، الا أن ذلك لا يخلو من الانحراف الفكري لبعض العلماء ولعل من ابرز مظاهر هذا الانحراف هو تحسين الأجناس الاكثر صلاحية اثراءً ودعما لسيادة الأجناس المتفوقه [٣].

المطلب الثاني

دور البصمة الوراثية بالمجال الجنائي

لم يقف دور البصمة الوراثية على حسم منازعات البنوة ، بل مارست الدور المهم بمعرفة الجأني الحقيقي في بعض الجرائم لأن تطبيقات البصمة الوراثية في المجال الجنائي كثيرة ، وعن طريقها يتم التوصل إلى درجة عالية من الإثبات من خلال الربط بين المتهم والجريمة بعد تحليل بصمة الـ D.N.A ، لأن تشابه الإفـــراد بالحامض النووي غير وارد وهذا هو سر البصمة الوراثية .

أما عن اهم الجرائم التي تكشف حقيقة مرتكبيها من خلال البصمة الوراثية فهي عديدة منها القتل والسرقة والزنا والاغتصاب.

الفرع الأول

دور البصمة الوراثية بالجرائم الواقعة على الأنسان والمال

تعرف جريمة السرقة بأنها " اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً" [٤] . وتعد البصمة

١- أنظر : د. محمد علي الباز، مصدر سابق ، ص١٧٣.

٢- أنظر : دانييل كيفلس، وليروي هود ، مصدر سابق ، ص١٤.

٣- أنظر : د. محمود عبد الرحيم مهران ، احكام تقنيات الوراثة الهادفة لتعديل الخصائص الوراثية في الإنسان ، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، المجلد ٤ ، الإمارات ، ٢٠٠٠، ص٢٦٣.

٤- أنظر : نص المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي و نص المادة (٣١١)من قانون العقوبات المصري.

الوراثية من الوسائل المستخدمة في تحديد هوية السارق اذ عادةً مايقوم السارق بترك بعض الآثار البيولوجية خلفة كاللعاب على اعقاب السكائر اوالعرق الذي على القفازات أو عينات من شعره او قطرات دم نتيجة اصطدامه بشي صلب ، فيتم رفع هذه العينات ونقلها إلى المعمل الجنائي لغرض اجراء التحليل بعد ذلك مقارنتها مع البصمة الوراثية للأشخاص المتهمين ، وفي حالة تعدد البصمات المأخوذة من مسرح الجريمة فأن ذلك يدل على أن هناك اكثر من شخص ارتكب الجريمة [١] ، فالقضاء العراقي اكد مسلك المشرع على اعطاء الأهمية لتقرير الطبيب العدلي في الإثبات الجزائي، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها على أنه (.... بعد أن اعتمدت الأدلة الكافية التي اظهرتها وقائع الدعوى تحقيقاً ومحاكمة والمتمثلة باعتراف المتهم في التحقيق الابتدائي والقضائي المعزز بالتقرير الطبي وهي ادلة قانونية كافية ومقنعة للتجريم وللأسباب التي استندت اليها المحكمة....) [٢] . ومن أشهر القضايا التي لعبت فيها البصمة الوراثية دور هي قضية السرقة التي حدثت في المملكة السعودية والتي تتعلق بسرقة خزائن من عدة شركات ومؤسسات تجارية اتهم على اثرها اكثر من عشرين شخصاً وتم رفع الآثار (البيولوجية) ليتم مقارنتها مع نتائج العينات التي اخذت من العشرين شخصاً وبالفعل تطابقت النتائج مع الصفات الوراثية بأحد المتهمين العشرين [٣]. أما جرائم القتل فقد كان للبصمة الوراثية الدور البارز في هذا المجال والتوصل إلى الجاني لأنه غالباً مايترك آثار في مسرح الجريمة ، ولعل من أبرز القضايا التي لعبت البصمة الوراثية الدور البارز في معرفة الجاني هي قضية الدكتور (سام شبرد) الذي ادين بقتل زوجته ضرباً حتى الموت عام ١٩٥٥ في الولايات المتحدة الأمريكية وقضى دكتور (سام) عشر سنوات بالسجن ثم اعيدت المحاكمة عندما طلب الأبن الوحيد لـ (د.سام شبرد) بتحليل البصمة الوراثية وامرت المحكمة بأخذ عينه من المتهم ومقارنتها مع الدماء التي وجدت على سرير المجني عليها التي اثبتت أنها ليست دماء المتهم بل تعود لصديق العائلة وتمت ادانته واسدل الستار على واحده من اطول المحاكمات عام ٢٠٠٠ بعدما قالت البصمة الوراثية كلمتها [٤]. ، وكذلك الجريمة التي حدثت في ولاية (فيرجينيا) عندما قام احد المجرمين بطعن طفل وجدته وهرب ، إذ قامت الشرطة بالتوصل إلى السيارة التي

١- أنظر : د. عبد الباسط محمد الجمل ، مصدر سابق ، ص١٨٩.

٢- أنظر : القرار (٨٣٦٨/الهيئة الجزائية/ ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٥)، غير منشور، جميع القرارات التمييزية الغير منشورة تم الحصول عليها من خلال مراجعاتنا المستمرة لأرشيف محكمة التمييز الاتحادية بعد استحصال الموافقات.

٣- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٥٧١.

٤- أنظر : حسام الأحمد ، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي والنسب ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص١٥٢.

استخدمهـا الجأني فـي الهرب والحصول على بقع دم للمجرم وبوضع البصمة الوراثية للمجرم علـى الحاسب الآلي ، وتم التوصل إلى شخص المجرم [١].

وتستخدم البصمة الوراثية في الجرائم الإرهابية [٢] ، التي يلجا اليها الجأني لتفجير جسده سواء أكان بعد ارتكاب الجريمة أو قبل تنفيذها، فأنها وسيلة فعالة للتعرف على هوية الجناة والضحايا في هذه الجرائم من خلال اخذ عينات من الإشلاء المتناثرة في مكان الانفجار ، وتوضع هذه العينات في أنبوبة اختبار خاصة بها وترسل إلى المعمل الجنائي أو الأدلة الجنائية حسب تسمية كل بلد لغرض تحليلها ، كما تؤخذ عينة من اجسام اقارب المتهمين بارتكاب الجريمة وأقارب الضَحايا في هذه العملية ، ومن ثم تتم المقارنة بين العينات المذكورة من اجل التوصل إلى الجاني وتحديد هوية الضحايا في العملية الإرهابية [٣] ، وخير مثال على ذلك تفجير الكرادة الذي وقع في العاصمة العراقية بغداد بتاريخ ٢٠١٦/٧/٣ والذي راح ضحيته اكثر من ٥٠٠ شخص إذ تم التعرف على الجثث المتفحمة عن طريق البصمة الوراثية .

الفرع الثاني

الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة (الزنا والاغتصاب)

يعرف الفقه الإسلامي الزنا بأنه وطء امرآة برغبتها من غير عقد شرعي [٤]. أما قانون العقوبات فلم يضع تعريفا للزنا وانما حدده الشراح بعبارات مختلفة كخيانة العلاقة الزوجية اي ممارسة الجنس مع شخص اخر غير الشريك [٥]. وعند دراسة قانون العقوبات المصري فنجد أن المشرع المصري قد نظم احكام جريمة الزنا بعدة مواد قانونية [٦]، ولكن ما يأخذ عليه أن المشرع يجرم الزنا اذا كأن احد طرفية متزوجا دون أن يجرم الزنا الواقع من غير المتزوجين ، كذلك أنه لم يساوي بين احكام الزوجة الزانية والزوج الزاني [٧].

١- أنظر : د. رضا عبد الحليم ، مصدر سابق ، ص١٣٥.

٢- عرفت المادة الأولى من قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ الجريمة الإرهابية بأنه ((كل فعل اجرامي يقوم به فرد أو جماعة منظمة استهدفت فردا أو مجموعة افراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية اوقع اضرار بالممتلكات العامة أو الخاصة بغية الإخلال بالوضع الأمني تحقيقا لغايات ارهابية)).

٣- أنظر : د. ابو الوفا محمد ابو الوفا ابراهيم ، البعد الجنائي للعنف في الجرائم الإرهابية ، مجلة الحقوق ، تصدرها جامعة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد الأول، ٢٠٠٦ ، ص١٦٥ – ١٦٦ .

٤- أنظر : محمد بن عابدين ، مصدر سابق ، ص٣٢.

٥- أنظر :د. عبد الخالق النووي ،جريمة الزنا بالشريعة الإسلامية والقانون ، المكتبة العصرية ،لبنان، ١٩٩٨ ،ص٨.

٦- أنظر : المواد ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٧ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بالقانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣.

٧- أنظر : د. احمد حافظ نور ، جريمة الزنا ، دار النهضة ، مصر ، ١٩٥٨ ، ص٥٩.

أما بالنسبة المشرع العراقي فقد تناول جريمة الخيانة الزوجية في قانون العقوبات العراقي إذ نص (١- يعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجأني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه أنه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها٢- ويعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج اذا زنا في منزل الزوجية)[١]. أما الاغتصاب فعرف بأنه اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها [٢]، في حين عرفه كل من المشرع العراقي [٣] والمصري [٤] بأنه (مواقعة أنثى بغير رضاها) ، بيد أن ما يلاحظ أن كلا المشرعين قد استخدما لفظ مواقعة بدلا من الاغتصاب في حين أن لفظ الاغتصاب هو ادق واكثر دلالة من المواقعه فضلاً عن ارتباطها بمضمون اجتماعي وعرفي يتعلق بالعرض [٥]. من هذا يتضح أن الزنا يختلف عن الاغتصاب من حيث الرضا ، وأن كشف مثل هذا الجرائم عن طريق البصمة الوراثية فيه مصلحة كبيرة تعود على المجتمع إذ تكشف الجريمة بطريقة قاطعة تفيد العلم كما في الإقرار والشهادة ، فيمكن اثبات ذلك من خلال اخذ عينه من الفاعل لمطابقتها مع عينة الزوج ومن أشهر القضايا التي كان لها صدى اعلامي وسياسي خطير واستخدمت فيها البصمة الوراثية لحسم القضية هي قضية الرئيس الأمريكي السابق (بيل كلينون) و(مونيكا لونيسكي) في البيت الأبيض عندما اثبت التحليل للبقع الموجودة على ردائها تحتوي على خصائص وراثية لخلايا بيل كلينتون [٦]. ومن القضايا التي استخدمت فيها البصمة الوراثية للتعرف على هوية مرتكب جريمة الاغتصاب هي جريمة اغتصاب وخنق ثلاث نساء في مدينة نيويورك عام ١٩٩٠ ، إذ اوقفت الشرطة ثلاثة متهمين بناءً على ادلة تم التوصل اليها ، ووافقوا على تقديم عينات من مخاط أنوفهم ، التي ارسلت إلى المعمل الجنائي أو الأدلة الجنائية لغرض أجراء تحليل البصمة الوراثية عليها وطابقت أحدى هذه العينات العينة التي عثر عليها في مكان الجريمة الثالثة وتبين أنها تعود إلى احدهم ، وبهذا فقد تمخض عن البصمة الوراثية دليل قانوني حيوي في التعرف على هوية مرتكب جريمة الاغتصاب ،فتحديد هوية المغتصب يكون من خلال الآثار (البيولوجية) التي يتركها الجاني على جسم المجني عليها كالبقع المنوية المتناثرة على جسم الضحية أو داخل المهبل أو في فتحة الشرج ، كما توجد هذه الآثار في مكان الجريمة كوجودها على الملابس أو على فراش

١- أنظر : نص المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. والملاحظ من نص المادة قد أن المشرع قد ركز على زنا الزوجة ثم من زنا بها معطوفا على زنا الزوجة ، في حين قيد المشرع خيانة الزوج بمنزل الزوجية وبالتالي فلا يعاقب الزوج الا اذا ثبتت عليه الجريمة في منزل الزوجية .
٢- أنظر : د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص ٤٧٧.
٣- أنظر : نص الفقره الأولى من المادة (٣٩٣) قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٤- أنظر : نص المادة (٢٦٧) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل بالقانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣.
٥- أنظر : د.محمد زكي،الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر،الدار الفنية، مصر، ١٩٨٥، ص١٣٦.
٦- أنظر : د. رمسيس بهنام ، مصدر سابق ، ص١٥١.

السرير، وكذلك الدماء التي توجد على ملابس المتهم وترسل هذه العينات إلى المعمل الجنائي لاستخلاص الحامض النووي لها ومقارنتها مع الحامض النووي للعينة المأخوذة من جسم المتهم [١].
ونجد أن القضاء العراقي قد اعتمد على تقرير الطب العدلي في مجال الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة سواء من حيث الإدانة أو من حيث البراءة ، وتطبيقاً لذلك ، فقد قضت محكمة التمييز في إحدى قراراتها بأنه (يكون التقرير الطبي الصادر من معهد الطب العدلي معولاً عليه في الجرائم المرتكبة ضد الآداب) [٢]، كما ذهبت المحكمة ابعد من ذلك إذ عولت على تقرير الطب العدلي لتقييم بقية الأدلة خصوصاً ضمن نطاق الجرائم المخلة بالآداب العامة ، إذ قضت بأن (على المحكمة تقدير اعتراف المتهم على مدى ما ورد بالتقرير الطبي الذي يشير إلى إزالة بكارة المجني عليها منذ مدة قديمة)[٣] ، كما قضت كذلك بأن (لا يأخذ بأقوال المجني عليها وأقوال أمها ضد المتهم إذا كانت مُكذبة بتقرير معهد الطب العدلي)[٤] .

المطلب الثالث

عمل البصمة الوراثية في العراق

لابد من بيان عمل البصمة الوراثية في العراق فقد جاء في قانون الإثبات " للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية" [٥]، كذلك لقاضي التحقيق أن يأذن بفتح القبر للكشف على الجثة بواسطه خبير أو طبيب [٦] ، إذ يعدُّ تقريراً من تقارير الأطباء المختصين الذي يستعان بهم في القضاء، ففي دائرة الطب العدلي في العراق يوجد قسم حامض DNA ، الذي بدأ العمل الفعلي في بداية العام ٢٠٠٨، واستحداث قسم بصمة الحمض النووي في معهد الطب العدلي بالبيان الوزاري المرقم ١٠٤ في ٨ / ٧ / ٢٠٠٢ ويتكون من ثلاثة شعب اساسية في بادئ الإمر وقد

١- أنظر : د. عبد الحميد الشواربي ، الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع، ص١٤٦ .
٢- القرار رقم ٤٥٥ / تمييزية / ٩٧٥ في ٣ /١٩٧٥/٦ . مجموعة الإحكام العدلية ، يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل / العدد ٢ ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص٢٣٢ .
٣- القرار رقم ١٦٤٥ / جنايات / ٩٦٥ /١٩٦٦ ، قضاء محكمة تمييز العراق ، يصدرها المكتب الفني في محكمة التمييز ، المجلد الثالث ، ١٩٦٦ ، ص٥٢٩ .
٤- القرار رقم ٢٢١٦/جنايات/٩٧٣-١٩٧٤/٢/٤ ، النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، العدد ١ ، السنة الخامسة ،١٩٧٤ ، ص٣٦٦.
٥- أنظر نص المادة ١٠٤ من قانون الإثبات العراقي .كذلك أنظر : المادة ١٣٢ من قانون الإثبات على أن " تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة في الفصل في الدعوى دون المسائل القانونية"
٦- أنظر : نص المادة (٧١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي إذ نصت (لقاضي التحقيق إذا أقتضى الحال أن يأذن بفتح قبر للكشف على جثة ميت بواسطة خبير أو طبيب مختص بحضور من يمكن حضوره من ذوي العلاقة لمعرفة سبب الوفاة).

تغيرت قليلاً بعد صدور القانون الجديد للطب العدلي لعام ٢٠١٣ ، إذ تحـــول المعهد إلى دائرة وتضم هذه الدائرة الشعب الأتية [١] :

اولا - شعبة فحص العائدية والنسب :

وتتكون من ثلاثة وحدات مختبرية :

تقوم هذه الشعبة وبصورة يومية وروتينية باستقبال القضايا المحالة من الجهات التحقيقية والقضائية الخاصة بفحص البنوة والتأكد من العائدية والنسب وحسب السياقات الأصولية وأجراء الفحوصات المختبرية العدلية الخاصة بها وعرضها على اللجنة الطبية العدلية واعداد التقارير الخاصة بها وكذلك اجراء ما يتطلب منها في قضايا الاعتراضات المحالة من لجنة الاعتراضات واجابة الجهات التحقيقية والقضائية لمساعدة العدالة بقضايا البنوة التي تتعلق بالجوانب التالية :

ا – الجانب الاجتماعي :

أ- قضايا التنازع على بنوة طفل

ب- علاقات جنسية غير شرعية التي ينتج عنها اطفال

جـ - الاغتصاب والذى ينتج عنه اطفال

د - شكوك الزوج

هـ - فقدان طفل أو استبداله في المستشفى

و- مشاكل الإرث وتشمل فحوصات فصائل الدم المختلفة وبطريقة استخدام الحمض النووي .

٢- الجانب التشريعي والقانوني لحفظ الحقوق المدنية مثل استخراج الأوراق الثبوتية وتصحيح النسب وقضايا الإرث

٣- الجانب الجنائي عند اقتران فحص البنوة بجريمة قتل أو زنا المحارم.

ثانيا - شعبة تحاليل الدنا العدلية أو مختبر الجريمة وهي شعبة تتكون من ثلاث وحدات مختبرية اساسية (وحدة عزل الحامض النووي : دنا DNA ووحـدة استنساخ الدنا ووحدة البصمة الوراثية) وتستقبل هذه الشعبة القضايا المحالة من الجهات التحقيقية والقضائية التي تتطلب فحص الحمض النووي في مختلف القضايا الجنائية والعدلية وقد تم تفعيل كافة الوحدات الساندة لها مثل حفظ النماذج وخزنها والترحيل الكهربائي والكومبيوتر والمخزن والــخ وقد تم تثبيت طرق العمل و وتـم

١– تم الحصول على المعلومات من خلال زياراتنا الميدانية لقسم الحامض النووي DNA والوقوف على عمل القسم بشعبهِ ومختبراتهِ بعد استحصال موافقة المدير العام لمعهد الطب العدلي بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٠ ولقائنا بالدكتورة حنان خليل محمود ، مسؤولة شعبة العائدية والنسب.

اعداد قاعدة المعلومات الأساسية للمجتمع العراقي في وحدة بصمة الحمض النووي ، واهم وظائف الحمض النووي في القضايا العدلية الأتية :-

١- التحري عن هوية الجناة في القضايا الجرمية Crimes

٢- التحري عن هوية المفقودين ومجهولي الهوية في الحوادث المختلفة كحوادث الحروب والانفجارات والاغتيالات و حوادث الطرق والغرق والحرق وغيرها Missed People

٤- التحري عن الهوية في قضايا الاعتداءات الجنسية والاغتصاب Rape Cases

٥- فحص البنوة واثبات النسب والعائدية.

٦- التحري عن الهوية في سلسلة الجرائم المتعددة (Series of Crimes)

٧- حل المشاكل القانونية الناجمة عن الهجرة بين البلدان (Immigrant Dispute)

٨- حوادث الطرق أو السير والهروب منها (Hit Run Car Accident)

٩- دراسة التاريخ العرقي للسلالات ودراسة شجرات العوائل (Phylogenetic Study & Human Pedigree Analysis).

ثالثا- شعبة طب الإسنان العدلي :- وهي شعبة استحدثت ضمن قسم البصمة الوراثية بتاريخ ٢٠٠٥/٩/٢١ تتكون من اربع وحدات اساسية وهي (وحدة جمع وخزن بيانات الإسنان العدلية ووحدة مختبر الأسنان العدلي ووحدة شعبة الأسنان ووحدة اعادة بناء الوجه) ومهام هذه الشعبة هو مساعدة الطبيب العدلي بالتعرف على هوية المفقودين ومجهولي الهوية والهياكل العظمية في المقابر الجماعية من خلال فحص الفك والأسنان وحل القضايا الجنائية التي بها علامة العضة كدليل في مسرح الجريمة واخذ الطبعات وصب القوالب واخذ نماذج اللعاب والأسنان لاستحصال مادة الدنا لخدمة العدالة .

فضلاً عن الجانب الخدمي (Public Service) التي يقدمها القسم فأن القسم يقوم بجانب اكاديمي بإعطاء المحاضرات الأكاديمية والعملية لطلبة الصف الرابع لكليات الطب في مادة الطب العدلي و طلبة الدراسات العليا والإشراف على بحوثهم من كافة الكليات والمعاهد المختلفة وتدريبهم لتطوير الجانب العدلي في العراق [١].

أما بخصوص آلية عمل مختبر الـ DNA المتعلق بعائدية النسب ، فيتم استلام اخذ العينة من الشخص

١- تم الحصول على المعلومات من خلال زياراتنا الميدانية لقسم الحامض النووي DNA والوقوف على عمل القسم بشعبهِ ومختبراتهِ بعد استحصال موافقة المدير العام لمعهد الطب العدلي بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٠ ولقائنا بالدكتورة عامرة جابر النعمة ، شعبة الدورات والبحوث.

الشخص المطلوب اجراء الفحص له بموجب كتاب صادر من المحكمة، ويثبت في الحاسبة وترسل إلى شعبة السيرولوجي للتعــرف على الآثار البيولوجية ، وبعد الحصول على النتائج تحفظ النتائج والأوراق العائدة لكل دعوى على حدة برقمها وتخزن على الحاسبة وكذلك بالأرشيف، يتم التوقيع على تقرير البصمة الوراثية من قبل مدير وحدة التحليل الجيني ومدير وحدة المطابقة وتقييم النتائج ومن مدير القسم وأخيراً من المدير العام لمعهد الطبي العدلي ويتم أرســـــال نتيجة الفحص إلى المديرية المعنية عبر معتمد وبظرف مختوم لا يمكن الاطلاع عليه ، وتجدر الإشارة إلى هناك سياقات قانونية لابد من اتباعها وهي :-

١- أرسال كتاب رسمي معنون إلى دائرة الطب العدلي مختوم بختم الجهة القضائية ، ويذكر فيه نوع الفحص المطلوب وبصوره واضحة ودقيقة .

٢- وضع صوره فوتوغرافية ملونة على الكتاب ومختومة بختم الجهة المرسلة .

٣- ختم الساعد الإيسر وبصورة واضحة للشخص المطلوب فحصة من قبل الجهة المرسلة.

٤- جلب صولا فوتوغرافية اضافيه ملونة عدد (٢) مع كتاب الإرسال. وبخلاف هذه الشروط يتعذر اجراء الفحص.

١- تم الحصول على المعلومات من خلال زياراتنا الميدانية لقسم الحامض النووي DNA والوقوف على عمل القسم بشعبهِ ومختبراتهِ بعد استحصال موافقة المدير العام لمعهد الطب العدلي بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٠.

المبحث الثالث

تقدير طرق اثبات النسب

تحتاج كل واقعة متنازع عليها امام القضاء إلى اثباتها بالطرق المقررة قانوناً من خلال ادلة الإثبات التي تعد الحجج التي يقدمها الخصوم امام القضاء عند النظر في الخصومة لأثبات دعوى المدعى أو دفع المدعى عليه لهذه الدعوى سواء كانت هذه الأدلة تقليدية أو علمية إذ يهدف العلم اساساً إلى كشف الحقائق في المجالات المختلفة ، وأن استخدام الوسائل العلمية وخاصه الـ D.N.A يهدف إلى خلق نوع من اليقين الثابت لدى المحكمة المختصة ، بيد أن الإثبات بأي من الطرق لا يخلو من الإيجابيات والسلبيات ، وعليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين الأول لتقدير طرق الإثبات التقليدية والثاني لتقدير طرق الإثبات الحديثة وحسب الآتي :-

المطلب الأول

تقدير الطرق التقليدية في الإثبات

أن من أهم الحقوق التي تثبت للطفل بعد ولادته هو النسب وتتجلى هذه الأهمية بما يحققه بثبوت هذا الحق من معانٍ، وما يتفرع عنه من حقوق وما يترتب عليه من أحكام ، فبصيانة الأنساب تتحقق مجموعة من المعاني ، اذ أن النسب يدفع عن المولود المهانة التي قد يتعرض لها من جراء ضياع نسبه، ويدفع عن الأم الفضيحة وخطر الاتهام بالسوء والفحشاء، ويحفظ للأب نسب ولده إليه كي لا يضيع هذا النسب أو ينسب إلى غيره ، ويحفظ للأسرة صيانتها من كل دنسٍ وريبة قد تتعرض لهما من جراء ضياع أنسابها ، وعليه قسمنا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول ايجابيات الإثبات بالطرق التقليدية ، أما الفرع الثاني سلبيات الإثبات بالطرق التقليدية وكما يأتي :-

الفرع الأول

ايجابيات الإثبات بالطرق التقليدية

تبقى أدلة الإثبات التقليدية من عناصر الإثبات المهمة لأن طبيعة التعامل اليومي بين الأشخاص تفرض عليهم اوضاع لا يستطيعون تجاوزها ، فالإثبات هو إقامة الدليل على واقعة قانونية بالطرق التي رسمها القانون ، إذاً فإثبات الحق هو إقامة للحجة والحق بدون دليل هو والعدم سواء إذ لا فائدة من الادعاء أمام القضاء إذا كان المدعي لا يملك الحجة التي تجعله يصل إلى مبتغاه من اللجوء إلى المحكمة، أن أهم ايجابية لطرق الإثبات التقليدية أنها محددة بموجب القانون [1] .

١- أنظر : د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص٩.

وعليه لا يستطيع القاضي أن يحيد عنها ، فضلاً عن ذلك أنها لا تحتاج إلى ما تحتاج إليه الطرق الحديثة في الإثبات من امكانيات ومعدات وكادر تدريبي مؤهل ، كذلك يمكن عـــن طريق الطرق التقليدية اثبات كافة التصرفات القانونية التي بعضها يستعصي اثباته عن طريق البصمة الوراثية.

ومن أهم الطرق التقليدية لأثبات النسب هو الفراش إذ يعد الفراش هو منشئ للنسب ولا يحتاج إلى اقرار بذلك ولا إلى اي بينة تسنده وتجمع بذلك جميع المذاهب الإسلامية على أن النسب يثبت بالفراش اصلاً ، أما الإقرار فله القوه المطلقة في الإثبات ، إذ تثبت به جميع الحقوق واكتسب الإقرار هذا الدور المميز على مر العصور بالنظر للصفة التجريدية المتمثلة بعدم تصور أن يظلم الأنسان نفسه فيعترف امام القضاء بحق للغير على نفسه ، فهو يتصل بالحقيقة الواقعية لأنه إخبار عن الحقيقة بنفس الفاعل والصدق فيه مؤكد وحجيته قاطعة في فض المنازعات والفصل بين المتخاصمين امام القضاء لذلك عدَّ من اقوى طرق الإثبات [١]. فالإقرار يأتي هنا كأهم وسيلة تعتمد أساساً على الإرادة الشخصية التي تبرز بصفة جلية و مباشرة . وتعتمد الشرائع القانونية في مختلف الدول والمجتمعات الإنسانية على الإقرار بوصفة وسيلة من وسائل الإثبات القضائي ، وقد حرصت القوانين المدنية في جميع البلدان العربية على تقنين الإقرار في تشريعاتها وبما يؤمن تنظيم احكامه ، ففي العراق كأنت قواعد الإثبات متفرقة بين قوانين متعددة كقانون المرافعات وقانون التجارة والقانون المدني حتى صدور قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، إذ جمع المشرع العراقي قواعد واجراءات الإثبات بنصوصه وحدد سريانه على القضايا المدنية والتجارية والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية المالية وغير المالية [٢]. ويترتب عن الإقرار بالنسب ثبوت رابطة النسب الشرعي بين الأب المقر و الأبن المقر له بالنسب وهو ما يؤدي إلى اعتبار الولد المعترف به شرعياً من النواحي جميعها و يترتب عن ذلك التزامات وحقوق متبادلة بين الأبن و أبيه .

أن قانون الإثبات بصورة عامة يقوم بتنظيم المسائل القانونية في المجتمع وأن أي نظام قانوني لا يكون فيها قانون للأثبات يعتبر نظاماً مبتوراً ، فنظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية في جميع التشريعات الحديثة في العالم واكثرها تطبيقاً في الحياة العملية ، فمن هذه الأهمية تأخذ الشهادة باعتبارها احد طرق الإثبات اهمية في اثبات الحقوق لأن الحق الذي لا دليل له كالمعدوم[٣] ، أن للشهادة دوراً فاعلاً وايجابياً في اثبات الحقوق وأن المجتمع مهما تطور لا يستطيع أن يهمل العمل

١-أنظر: د. ادور عبد ، قواعد الإثبات في القضايا المدنية ، ج١ ، مطبعة منير ، بيروت ، ١٩٦١ ، ص٥٥.

٢-أنظر : د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد ، مصدر سابق ، ص١١.

٣-انظر : تترخان عبد الرحمن حسن ، الشهادة ودورها في الاثبات للدعوى المدنية ، بحث منشور على شبكة الانترنت على الرابط WWW.KRJC.ORG

بالشهادة كطريق من طرق الإثبات وأن الإبقاء عليها مهم لصيانة الحقوق وتعزيز الثقة في التعاملات المدنية وهي تعد من الأدلة التي تقوم بذاتها من غير أن تكون مكملة لأدلة موجودة والتي تكون كافية لوحدها في الإثبات ، وهي تعد من الطرق غير المهيأة اي التي لا تهيأ مقدماً وأنما تتهيأ وقت النزاع في الحق المراد اثباته ، وهي تعد من طرق الإثبات المباشرة ، اي أنهـا تثبت الواقعة مصدر الحق ذاتها وهي بذلك تختلف عن القرائن القضائية التي تعد من الطرق غير المباشرة ، إذ لا يتم الإثبات عن طريقها للواقعة مصدر الحق بالذات بل لواقعة اخرى يمكن استنباط ثبوت الواقعة مصدر الحق منها [١]. فالشهادة تُعد من أهم أدلة الإثبات منذ أن وجد الأنسان وفكر في إقامة العدل إذ كانت شهادة الشهود آنذاك أقرب وسائل الإثبات تناولاً وأكثرها شيوعاً ، وهكذا كانت وما زالت الشهادة من الأدلة المتفق عليها ، وقد أولت الشريعة الإسلامية الشهادة أهمية بالغة ووضعت لها قواعد على جانب كبير من الدقة بغية الوصول إلى إحقاق الحق وإقامة العدل ، ولا يخفى ما للتطور الكبير الحاصل في عالم التكنولوجيا والاتصالات والنواحي التقنية الأخرى قد أضعفت دور الشهادة في الإثبات ولكنها لم تعدمها إذ أنها سوف تبقى طريقة مهماً من طرق الإثبات لأن الأنسان بنفسه سوف يبقى أهم واعظم من اية آلة أو جهاز أو تطور إذ أنه هو المبدع لهذه الأدوات العلمية ولا يمكن للأنسان أن يخلق شيئاً يكون سبباً في الغاء دوره في الحياة.

ولما كان تعين طرق الإثبات ومتى يجوز استعمال كل منها يعد من مسائل القانون ، فهي خاضعة لرقابة محكمة التمييز ، الا أنه متى ماقبل القاضي بطريق الإثبات الذي رسمه القانون في الوضع الذي اجازة فيه وجعل قوته محددة قانونا ، فأن تقدير مدى اقتناع القاضي بالدليل يعد من المسائل الموضوعية التي لا تعقيب لمحكمة التمييز عليها [٢] ، بيد أن القانون العراقي قد اجاز للخصوم الطعن تمييزا بالحكم القضائي اذا اخطأ الحكم بفهم وقائع الدعوى بعد الخطأ جوهرياً [٣].

١- أنظر : د. اياد ملوكي ، قبول الشهادة كقرينة قضائية في الدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، العدد ٢١ ، السنه ٢٠٠٦، ص٩٤.

٢- أنظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص٩٧.

٣- أنظر : نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية (للخصوم أن يطعنوا بطريق التمييز في الإحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداءة أو الصلح وفي الإحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الأحوال الأتية :
١ - اذا كأن الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطا في تطبيقه أو عيب في تأويله .
٢ - اذا كأن الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص .
٣ - اذا وقع في الإجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطا مؤثر في صحة الحكم .
٤ - اذا صدر حكم يناقض حكم سابق صدر بالدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات.
٥ - اذا وقع في الحكم خطا جوهري .
ويعتبر الخطأ جوهريا اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كأن منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض أو كأن الحكم غير جامع لشروطه القانونية .

الفرع الثاني

سلبيات الإثبات بالطرق التقليدية

يقوم الإثبات بصفة عامة على وقائع مادية ، ففي المجال الجنائي مثلاً يقوم الكثير من الجناة في الجرائم العمدية إلى الإمعان في التخفي فلا يشهد بجرمهم احد ، ولايقرون بما جنت ايديهم ، أو يعمدون إلى اصطناع الأدلة لمناصرة الباطل ويغلفونها بما يستر حقيقتهم ، بل أن ذلك لا يقتصر على ما يصطنع من أدله خدمة للدعوى زوراً وبهتاناً بل أن ذلك يمتد لزيف ماهو سليم في أصله من الأدلة ، فالإقرار الحر قد يكون لفعل يخشى المقر افتضاحها [١].

أن البحث في الإقرار ليس من الأمور السهلة ولا نبالغ اذا قلنا أنه من الأمور الشائكة ، ولعل أول هذه الإشكاليات ما يتعلق بنية المقر ، إذ لا يشترط لأن تترتب في ذمة المقر النتائج القانونية توافر قصد المقر [٢].كذلك أن الإقرار قد يختلف في طريقة التعبير عنه فقد يكون بصوره صريحة أو ضمنية ، والإقرار الصريح لا يشترط فيه لفظ معين قد يصدر شفويا أو نتيجة استجواب ، أما اقرار الأخرس فهو جائز كذلك اذا كانت له اشاره مفهومة ، ولكن اطلاق هذا الحكم في الوقت الحاضر بعد أن اصبحت كثير من الذمم خربة ، الإمر الذي قد يشجع المقر له على تأويل اشارة المقر بغير ما يقصده وبالتالي خطورة الإثار التي تترتب على الإقرار لذا نرى أن تكون حجية اقرار الأخرس مقصورة على ماتفيد الإشارة من اجابة بالإيجاب أو النفي فقط لا غير[٣]، أما غير ذلك فلا يؤخذ بمدلول الإشارة بل يخضع الإمر لتقدير القاضي. كذلك من الصعوبات التي يثيرها الإقرار بالإثبات مشكلة الإقارير الغامضة و المبهمة ، والكاذبة وتعدد الإقرارات ففي النزاع الواحد وعدم تطابقها أو قد يكون الإقرار صادر عن ارادة معيبه إذ أن بعض عيوب الإرادة المعروفة يصعب تصور أن تكون قد شابت ارادة المقر ومنها عيب الاستغلال ، فيكون المقر قد اصدر اقراره تحت تأثير طيش أو هوى فيؤدي ذلك إلى وقوع المقر في غبن فاحش [٤] ، كذلك لابد من الإشارة إلى مدى حجية الإقرار بالنسبة للغير ، فالإقرار كما قلنا سابقا بأنه حجة على المقر ، فبديهي أن تكون حجيتهُ قاصرة عليه ولا تتعداه على الغير لأنه عمل ارادي وارادة الشخص لاتلزم غيره ، والمشكلة التي تثور في الإقارير بالنسب أو القرابة هل تعد حجة على غير المقر؟ نجد في قرار لمحكمة النقض المصرية (أن صحة

١- أنظر : د. احمد ابراهيم بك ، مصدر سابق ، ص٤٤٦.

٢- أنظر : د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢، مصدر سابق ، ص٦١٩.

٣- أنظر : د. عبد الرحمن عبد الواحد رضوان ، الإثبات بالمواد المدنية والتجارية ، بحث منشور في مجلة القانون والإقتصاد ، كلية الحقوق – جامعة القاهره ، العدد ٧٨ ، ٢٠٠٧ ، ص٦٤٤.

٤- أنظر : د. اسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥.

الإقرار في حـــق الميراث ومشاركة المقر له للمقـــــر في نصيبة في الميراث اذا لم يصدقه الورثة الآخرون ، هو أن يكون الإقرار فيه حمل للنسب على غير المقر ابتداءً ثم يتعدى إلى المقر نفسه ، فأذا اقر شخص أن فلاناً أخوه فهذا معناه أن يجعله ابناً لأبيه اولاً ثم يلزم من ذلك أن يكون اخاً للمقر نفسه ، فـأذا لم يصدقه الإخوة الآخرون لم يثبت النسب ولكـن يشارك المقر لـه في نصيبة من الميراث)[1] ، وما يلاحظ في هذا القرار أنه جعل حجيه الإقرار على المقر نفسه تمر اولاً عبر سريان الإقـــرار في حق الغير ، في حين أن المبدأ أن الإقرار حجه قاصرة على المقر لا تتعداه لغيره ،فضلاً عن جعل النسب ثابتا في حق البعض (المقر) دون البعض الآخر (باقي الورثة).

أما بالنسبة للشهادة المبنية على مشاهدة حقيقية هي كما يقول علماء النفس هي حاصل عمليه بالغة التعقيد تتفاعل فيها حواس الشاهد مع عواطفه وأعصابه وتفكيره ، وتتكون نتيجة لذلك صوره خاصة بالشاهد قد ترتسم في مخيلته فلا يتذكر سواها ، لأن الشاهد ليس دائما آلة تصوير تنقل ما مثل امامها دون تفاعل أو تعديل ، فضلاً عن جانب النسيان الوارد في الشاهد وتعارض الشهادات الصادرة من شخص واحد اذا ماتراخى الفصل في الدعوى التي تعد سمة بارزه في الكثير من البلدان ، ناهيك عن الكتمان والعزوف عن اداء الشهادة مما يفقدها وظيفتها المرجوة [2] ومن اجل تجاوز كل ذلك فقد أعطى القانون القاضي الحرية في وزن الأدلة التي تقدم إليه ، واتخاذ اي أجراء يراه موصلا للكشف عن الحقيقة ولما تقتضيه مصلحة الجماعة.

المطلب الثاني

تقدير الطرق الحديثة في الإثبات

إن التقـــدم العلمي في المكونات الوراثيـــة ودراستها وفصـــل بعض مكوناتها وإعـــادة تركيبها ، استقطب أهتمام الفرد والأسرة والمجتمع، لذلك نشأت جمعيات وهيئات تُعنى بالأخلاقيات الوراثية، والسعي لتأمين العدالة لاستخدام هذه المعلومات والعمل على موازنة الإيجابيات والسلبيات والتقليل من الأخيرة قدر الإمكان. وعليه سنقسم المطلب الى فرعين نتناول في الأول ايجابيات البصمة الوراثية ، أما الفرع الثاني فخصص لسلبيات البصمة الوراثية وحسب الآتي:-

---

١- أنظر : مجموعة احكام النقض المكتب الفني ، لسنه ١٩٥٩ ص٦٥ ، رقم ٣٥ اشار اليه د. احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص٣٨.

٢- أنظر : د. عبد الوهاب العشماوي ، شهادة الشهود دليل محفوف بالمخاطر ، مقال منشور في مجلة الأمن العام ، العدد ١١٠ ، مجلد ٢٣، الكويت ، ١٩٨٥، ص٥.

الفرع الأول

ايجابيات البصمة الوراثية (D.N.A)

أن من أهم الإيجابيات التي قدمتها البصمة الوراثية هي معالجة الإمراض الوراثية التي تنتقل من الأباء إلى الأبناء ، فالعلماء على غير الناس العاديين يعلمون أن الأنسان مابه من امراض لا تأتيه من الخارج بل من داخل خلاياه نفسها ، واذا ما تبين وجود اي خلل في هذه الجينات فيتم علاجها أما بإصلاح الجين المشوه أو تبديله أو إخراجه [١]، إذ بلغت عدد الإمراض المكتشفة لحد الان اكثر من ثمانية الاف مرض وايجاد اللقاحات ومضادات الفيروسات والسرطانات وهذا يساعد على الحد من حالات الإعاقة والتشوه داخل المجتمعات ، كذلك الحد من حالات الإجهاض التي يتم اللجوء اليها بعد اكتشاف الإباء اصابة ابنائهم بتشوهات في مراحل متأخرة من الحمل [٢].

أن العلاج بالجينات لم يقتصر على الإمراض الوراثية، بل تعداه إلى الإمراض غير الوراثية، التي تؤثر على شريحة كبيرة من البشر، وأهمها السرطان الذي يعد مرضاً مناعياً، لفشل جهاز المناعة في الأنسان من التعرف على الخلية السرطانية للقضاء عليها، فتنمو هذه الخلايا وتنقسم لتولد ورما سرطانياً، إذ تعتمد طريقة المعالجة الجينية تنشيط جهاز المناعة في الأنسان، بإدخال جين مضاد للتوافق النسيجي من شخص غريب إلى الخلايا السرطانية للمريض، فتنتج الخلايا السرطانية مضادات على سطحها، يستطيع جهاز المناعة للمريض التعرف عليها بسهولة، فيقضي على هذه الخلايا[٣]. كذلك تساعد البصمة الوراثية على تطوير الجنس البشري ، وذلك عن طريق ادخال التغييرات الجوهرية على الجينات ليتمكن الجيل الجديد من مواكبة تطورات العصر ، إذ تعتبر البصمة الوراثية هي الجسر الذي يعبر عليه البشر للارتقاء والتطور في صفات الأنسان لكي يستطيع الأنسان ملاحقة التقدم العلمي والتكنلوجي الذي يحققه ،فالجنس البشري يحتاج إلى تحسين صفاته العقلية والجسدية حتى يتمكن من التعامل مع عالم يزداد تعقيدا ، فيستطيع الأباء انتقاء الصفات الشكلية والبدنية والسلوكية للجنين [٤] . وتتجلى أهمية هذا المبتكر العملي حالة تبديل المواليد في مستشفيات الولادة، إذ يتنازع رجلان على المولود ولا يمكن للتشابه الخلقي الشديد بين الطفل وأحد

١- أنظر : د. اياد مطشر صيهود ، مدى مشروعية التطويع العلاجي للجينات ، مصدر سابق ، ص٢٩.

٢- أنظر : د. اسامه عبد الله ، الإجهاض بسبب تشوه الجنين أو الإصابة بأمراض وراثية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، بحث مقدم إلى المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، مؤتمر الهندسة الوراثية ، مجلد الثالث ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٥-٢٠٠٢/٧، ص ٣٨١.

٣- أنظر : د. موسى الخلف ، مصدر سابق ، ص ١١٩.

٤- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٥٨٨.

الرجلين أن يرقى مطلقاً لأن يكون دليلاً يعتمد عليه بصورة مؤكدة لإلحاقه بأحدهما ، كما أن تحديد فصائل الدم تستخدم للاستبعاد فقط ، ولا يمكن إثبات البنوة على أساسها، إذ أنها وسيلة نفي فقط وليست وسيلة إثبات، فعن طريق البصمة الوراثية بين الطفل وكلا الرجلين، فأنه يمكن قطعاً نفي المولود عن أحدهما أو عن كليهما، أو إثباته لأحدهما أن كأن هو أباه، فالبصمة الوراثية تعتمد على التشابه والتطابق بكل ما يمكن أن يكون متوارثاً من الأبوين، ولا يمكن أن يكون مستحدثاً جديداً [١].

وتدخل أهمية البصمة الوراثية عندما ينكر الرجل أنه أب لطفل نتيجة نكاح غير شرعي كالاغتصاب أو الزنا، لتبرئة نفسه من هذه الجرائم، ولكن بمقارنة البصمة لهذا الرجل والطفل يمكن إثبات أنه الأب الحقيقي للطفل، أو أن تدعي المرأة أن مولودها يخص رجلاً معيناً لإجباره على الزواج أو طمعاً في الميراث أو في أخذ النفقة ، فيمكن عن طريق البصمة الوراثية أن تنفي النسب إذا كانت الدعوى كاذبة فعلاً، وذلك بمقارنة البصمة الوراثية وإثبات عدم تطابقها [٢] . كذلك أن تقنية الـ (D.N.A) لها نتائج ذات دلالات مهمة في مجال الإثبات الجنائي كونها منتقاة بأسلوب علمي تقني متقدم إذ لايوجد مجال للتشكيك فيها اذا ماروعيت الاحتياطات اللازمة لصحة تحليل الـ (D.N.A) ، إذ تزداد فعالية هذه التقنية في الجرائم الخطيرة والمعقدة والغامضة ، كما أنها تساعد في ربط ارتكاب الجرائم المختلطة بفاعل واحد ، وبالتالي تساعد هذه التقنية في تقليل ارتكاب الجرائم لأن الجاني سوف يفكر مليا قبل اقدامه على ارتكاب الجريمة خشية أن يفتضح امره باستخدام الـ (D.N.A)[٣] . واخيراً لايقتصر استخدام البصمة الوراثية على القانون المدني والجنائي بل يمتد ليشمل القانون الدولي[٤]. وتجدر الإشارة إلى أن خبراء الطب الشرعي في الولايات المتحدة الأمريكية لم يجدو طريقاً لتميز رفات الجثث المحترقة لضحايا تفجيرات الحادي عشر من ديسمبر عام ٢٠٠١ سوى اللجوء إلى الـ (D.N.A) للتعرف على هويه اصحابها ، وذلك لأن الطرق التقليدية لتحديد هويه الجثث لن تساعد في الوصول إلى ذلك الهدف ، ولذلك طالب الخبراء من اهالي الضحايا احضار فرش الشعر وفرش الأسنان أو أي أغراض شخصية أخرى يمكن من خلالها الحصول على عينه الـ (D.N.A) ، وقد تمكن الخبراء من التعرف على جميع الجثث ، إذ يعد ذلك نجاح منقطع النظير [٥] .

١- أنظر : د.احمد سليمان محمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٣.
٢- أنظر : د.محمد الإشقر، مصدر سابق ،ص٤٦٠.
٣- أنظر : حسام الأحمد ، مصدر سابق ، ص١٤٨.
٤- ما يتعلق بطالبي اللجوء السياسي واثبات الانتهاكات التي تعرضوا لها في دولهم ، أو عند منحهم الجنسية لدولة معينة اذا تحققت صلة القرابة مع الأشخاص المقيمون في تلك الدولة. أنظر : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٥٠.
٥- أنظر : د. عبد الواحد احمد مرسي ، البصمة الوراثية ورياح التغير ، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، المنعقد في كلية الشريعة والقانون ، الإمارات، ٢٠٠٢م ، ص٨٤٦.

وخلاصة القول أن تعدد استعمالات البصمة الوراثية إذ تعد وسيلة علاجيه من حيث الإساس وهي كذلك وسيلة لأثبات النسب ، فضلاً عن قطعية دلالتها وهو ما ادى إلى ذياع صيتها وهو مايعد من اهم ايجابيتها إذ لا يمكن الاستغناء عنها في وقتنا الحاضر.

الفرع الثاني

سلبيات البصمة الوراثية (D.N.A)

إن أي اكتشاف علمي لا يخلو من السلبيات ، والبصمة الوراثية تعد سلاح ذا حدين فكما يمكن لها أن تخدم الإنسانية فهي في نفس الوقت يمكن أن تضره وتسيئ اليه اذا تم استخدامها بصورة سلبية كما في حاله الاستنساخ البشري أو استخدامها لأغراض لا انسانية ، عندما يتم التلاعب بالجينات بإزالة أو تعديل جين معين، فالكشف عن بعض الإمراض الوراثية للفرد يترتب عليه آثار كبيرة على حياته الخاصة، فيتعرض لعدم القبول في الوظائف ،أو بعدم قيام شركات التأمين بالتأمين على المصابين في جينات أو بمضاعفة المبالغ المطلوبة منهم [١] ، كذلك التأثير على ثقة الأنسان بنفسه، والخوف والهلع من المستقبل المظلم ،مما يترتب عليه أمراض نفسية خطيرة قد تقضي عليه بسبب الهموم عندما تكشف البصمة الوراثية طريقة موتهم والموعد المتوقع وهذا يعتبر من اكبر المآزق اذا ما ادركنا مصرينا ومصير آبائنا ، ومعرفتنا بأشياء يجدر بنا عدم معرفتنا بها إذ يسبب ذلك عدم الاستقرار وتأثيره على الشباب وعزوفهم عن الزواج نتيجة تصورهم وراثة الجين المنشئ للمرض إلى اولادهم مستقبلا[٢]. كذلك قد يؤدي التلاعب بالجينات إلى ايجاد سلالات بشرية جديدة بمواصفات معينه لغرض استخدامها في مختلف مجالات الحياة وحسب التطبيقات التي يحلم بها العلماء مما يفقد الأنسان لصفاته التي تمثل إنسانيته وتلغي أرادته وحريته إذ يتم ذلك من خلال الانتقائية في الأجناس البشرية والاستفادة من جينات العباقرة والموهوبين دون غيرهم بهدف الحصول على جيل كامل من العباقرة والأصحاء ،فالمواهب الوراثية تعد اهم من الجدل على الرأسمالية ، فقد دأب (هتلر) على قمع اكثر من اربعمائة الف شخص من الذين يعدهم أقل فائدة ومحاولة استيلاد النخبة[٣].

١- أنظر : د. عبد العليم عبد الرحمن خضر ، الإعصار الكوني القادم من الهندسة الوراثية ، ط١، مؤسسة الاقطاب ، السعودية ، ٢٠٠٣، ص٢٢.

٢- أنظر : د. عاصم محمود حسين ، اسس علم الوراثة ، مطابع الموصل ، العراق ،١٩٨٣، ص٤٨٦.

٣- أنظر : د. ستيف جونز ، لغة الجينات ، ترجمة احمد رمو ، مكتبة الملحدين ، لندن ، ٢٠٠٧، ص٢١. وقد نشرت مجلة (star) الأمريكية على لسان رئيس جمعية تبريد الاجسام في ولاية كاليفورنيا أنه قبل دخول العراق للكويت التقى بمندوبين عن صدام حسين وبحث معهم امكانية تبريد حيواناته المنوية وخلايا من جسمه ، واكدت المجلة أن فريقا من العلماء والاخصائيين ذهبوا إلى بغداد واحضروا صندوقا مثلجا من حيواناته المنوية وخلايا جسدية تابعة له ، ليتم حفضها في احد البنوك حتى يتم أنتاج ملايين الاشخاص المشابهين له ..أنظر : د. ناهدة البقصمي ، الهندسة الوراثية والإخلاف ، مكتبة الإسكندرية ، الكويت ، ١٩٩٣،ص٢٠٨.

ومن خلال ما تقدم يدل ذلك على وجود خطر قائم بالنسبة للمعاقيــن والمرضـى والضـعفاء ومعـاملتهم معامله غير عادلـة من اجل تحسين النسل . وتجدر الإشارة إلـى أن قريحـة العلمـاء انفتحت لدرجـة التفكير على خلط الخلايا البشرية بأخرى نباتية لنصل بذلك إلـى أنسأن خضـري (كلوروفيلي) بهدف أنتاج سلالة بشرية جديدة يدخل في تكوينها الصفات النباتية كجعل الأنسان ذاتي التغذية[١].

ومن السلبيات ايضا النتائج المجهولـة للجين الجديد فـي حالـة الخطـأ فـي تحديد الجين المراد استبداله على الشريط الصبغي وفضلاً عن ذلك قد يخرج فايروس أو جرثومة من المعامل التي يتم بها معالجـة الجين مما قد يؤدي إلـى نشر وبـاء يمكن أن يقضـي علـى البشرية جمعـاء ، لأن اي خلـل فـي تسلسل القواعد النيتروجينية في الجين يؤدي إلى امراض خطيرة كذلك أن الفشل في تحديد موقع الجين علـى الشـريط الصـبغي للمـريض، قـد يسـبب مرضـاً آخـر ربمـا أشـد ضـرراً، واحتمـال أن تُسـبب الجينـة المزروعة نموًّا سرطانياً [٢].

أما في المجال الجنائي والبحث عن هوية الجـاني الحقيقيـة قد تفشل البصـمة الوراثيـة فـي تحقيق هذا الهدف عندما يكون الجاني شديد الدهاء إذ يقوم بوضع آثار بيولوجية لشخص آخر ، وعليـه ينجح فـي تظليل السلطات من الوصول إلى الجاني الحقيقي[٣]. مما تقدم لابد من القول أنـه لايجوز للمجتمـع أن يترك للعلماء الحرية في اتخاذ القرار بالنسبة لتكنولوجيا التكاثر لأن من المحتمل أن يؤدي ذلك إلى أن تضيع منا يوماً ما فجأة حريتنا فـي الاختيـار. وفـي مجـال اثبـات النسـب فـأن سلبيات البصـمة الوراثيـة فوات الغرض المقصود من اثبات نسب الولد برفع شأنه اجتماعياً اذ بهذا الإجراء يقع التشـهير بأحد الوالدين أو كلاهما واثبات الرذيلة قضائياً واذاعتها اجتماعياً ، لأن هذه من القضايا الحساسة التي فيهـا مساساً بالإعراض وأن بعض ضعاف النفوس يستخدمونها ذريعة للتشكيك فـي أنسـاب ابنـائهم ، فضـلاً عن الإغراءات التي قد تحدث وحالات الابتزاز والرشوة وفساد الأنفس والتلفيق فـي اثبـات النسب إذ اصبح المـال رفيـع الشـأن وخـراب الـذمم واسـع النفـوذ [٤].كذلك يمكـن القـول أن اهـم سلبيات البصـمة الوراثية هو كلفتها الباهظة فضلاً عن عدم وجود تنظيم قانوني لها في بعض الدول كالعراق .

١- أنظـر : د. احمـد شـرف الـدين ، اسـاليب دكتاتوريـة البيولوجيـا ، مقـال منشـور علـى شـبكة الإنترنـت http//www.islamset.com .

٢- أنظر : د سفيان محمد العسولي ، العلاج بالجينات ، مقال منشور على شبكة الإنترنت .http/eajaz.org

٣- أنظر : د. ابو الوفا محمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص٣٠٨.

٤- أنظر: د. يحيى هاشم حسن مزعل ، مصدر سابق ،ص٩٤.

المطلب الثالث

الصعوبات المادية والقانونية التي تواجه البصمة الوراثية

إن استخدام البصمة الوراثية كدليل قانوني في مجال الإثبات لا يخلو من بعض الصعوبات التي تقف أمامه سواء من الناحية المادية أو القانونية عليه سنقسم المطلب الى فرعين الأول تناولنا فيه الصعوبات المادية ، والفرع الثاني الصعوبات القانونية وحسب الآتي :-

الفرع الأول

الصعوبات المادية

رغم الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب أو نفيه الا أن هناك صعوبات تعرقل العمل وهذه الصعوبات المادية قد تكون عقبات يحتجّ بها الخصم من أجل محاولة الإفلات من الخضوع لتحليل البصمة الوراثية ، الإمر الذي يحتم ضرورة التغلب على هذه الصعوبات حتى لا يضيع الولد والشرف . وهذه الصعوبات هي :-

اولا – الحاجة إلى مختبرات واجهزة علمية متطورة :- أن التأكد من قيمة تحليل البصمة الوراثية يعتمد على جودة طريقة البحث والدقة في تفسير النتائج التي اسفر عنها هذا التحليل ، وهذا الإمر يتطلب وجود معامل ذات كفاءة عالية ، لأن مثل هكذا اختبارات توصف بأنها عملية معقـــدة وتحتاج إلى مختبرات واجهزة علمية متطورة ، كما يتطلب خبرة واسعة وتخصصاً دقيقاً[١] ، فضلاً عن العديد من المركبات الكيميائية ، كما أن هذا التحليل يحتاج إلى معاودة تحليل الحامض النووي للتأكد من نتائجه ، ووجود عينة ايجابية للمقارنة لما لها من دور في رفع معدل دقة نتائج التحاليل [٢] إذ جرى العمل في الشركات المتخصصة على وضع مادة خاصة لعينة المقارنة . فضلاً عن ذلك لابد من مراقبة الطريقة الفنية في المختبر الذي تجري فيه الاختبارات الجينية فيجب وضع قواعد لحفظ

١- أنظر : د. جميل عبد الباقي الصغير، مصدر سابق ، ص٦٩ .

٢- أن الواقع العملي يشير إلى أن البيولوجي يعمل على ماوصل اليه من عينات ، فأن كانت العينة من القلة اي لاتكفي لاجراء اكثر من تحليل أو لايسمح لمعاودة التحليل خاصة اذ لم تكن نتيجة التحليل الأولى حاسمة ، كما حصل في قضية (كاسترو) ، عندما قتلت بوحشية (فيلما بونس) وابنتها البالغة من العمر سنتين ، والقى زوجها التهمة على بواب العمارة (جوزيف كاسترو) وقد لوحظ على ساعة يد (كاسترو) وجود بقعة دم صغيرة إذ تم ارسالها لتحليل الحامض النووي ، وبعـــــد التحليل وجـــــد أن الدم الموجود على الساعة يتوافق مع دم الإم القتيلة ، وقد ظهرت في التحقيق الأولي الذي اجري مشاكل فنية عديدة لذلك لابد من تكرار التجربة طالما ظهر التباس ، وعندما بدأت المحاكمة كأن الحامض النووي (الدنا) الموجود على الفلتر قد استهلك ولم يعد ممكنا تكرار التحليل وقرر القاضي أن (بينة الحامض النووي مقبولة من ناحية المبدأ ، لكن التحليل في هذه القضية لم يتبع المبادئ المقبولة ، وحكم بأن بينة الحامض النووي (الدنا) عن التوافق بين الدم الموجود على الساعة وبين دم القتيلتين بينة غير مقبولة قانونا) . أنظر : د. سعد الدين مسعد هلالي ، مصدر سابق ، ص٤٠ -٤١.

العينات والمعلومات الناتجة عن هذا التحليل ، اذ لابد أن تحفظ بأسلوب يمكن الرجوع اليه[١] ، وهذا ما دفع الإدارات الحكومية على كافة الأصعدة المحلية والفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى وضع قواعد بيانات حاسوبية خاصة ببصمات الحامض النووي تشبه سجلات بصمات الأصابع ، وقد اخذ القانون الفيدرالي الأمريكي الصادر عام ١٩٩٤ ، بتحديد هوية الشخص من خلال الحامض النووي ، عن طريق حصر قواعد البيانات الحاسوبية الحكومية ، وعلى وفق لهذا القانون فأن حق الوصول إلى قواعد البيانات يقتصر على السلطات المختصة بتطبيق القانون في البلاد ، وأن استعمال المعلومات الخاصة بالحامض النووي في المحاكمات الجنائية يتطلب الحصول على امر من المحكمة [٢] ، أما في العراق إذ دائرة الطب العدلي في بغداد فيوجد مختبر متكامل من حيث الأجهزة ، علما أن هذه الأجهزة لا تختلف بين دولة وأخرى فالأجهزة الموجودة في البلد هي ذاتها في أي دولة أخرى [٣] .

ثانيا - الإخطاء المحتملة في المختبرات :- من المشاكل المادية التي يمكن أن تصاحب اجراء تحليل البصمة الوراثية هي الإخطاء المحتملة في المختبرات والتي تكون ناتجة عن اخطاء بشرية أو عوامل التلوث أو نحو ذلك [٤]، التي تتمثل بسوء تخزين العينات اذ تتطلب هذه العينات حفظها في محل البصمة الوراثية بدرجة حرارة مناسبة، فمنها ما يتطلب حفظها في اجهزة تبريد خاصة ، وكذلك الحال بالنسبة إلى المحاليل الكيميائية ، فلابد من حفظها في اجواء مناسبة واي خلل يحدث في عملية الحفظ سيؤدي إلى نتائج غير صحيحة[٥] .كما أن من بين هذه الإخطاء عدم توافر الخبرة الكاملة لخبير البصمة الوراثية في التعامل مع الأجهزة المستخدمة في عملية الاستخلاص وعدم التأكد من سلامة الأجهزة ، وكما تحدث الإخطاء بسبب عدم وجود الخبرة الكافية لاجراء التحليل ،كما يحدث أن يخطأ الخبير في عملية تركيز المحلول أو تحضيره أو استخدامه لمحاليل كيميائية غير نقية مما يؤدي إلى عدم دقة النتائج المتحصلة من تحليل البصمة الوراثية ،أو أن عينة البصمة الوراثية قد يشوبها التلوث مع مواد تتفاعل معها فتأثر على صحة نتائج تحليل البصمة الوراثية [٦]، وكذلك أن المحاليل الكيميائية المستخدمة في تحليل البصمة الوراثية لها درجة نقاوة معينة وتعرف بـ (درجة البيولوجيا

١-أنظر : د. حسنين المحمدي بوادي ، مصدر سابق ، ص٦١.
٢- أنظر : د. براين أنيس ، الأدلة الجنائية ، ط١، الدار العربية للعلوم ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص١٧٦.
٣- تم الحصول على هذه المعلومات من خلال زيارتنا إلى دائرة الطب العدلي واجراء مقابلة مع د. حنان خليل محمود ، مسؤولة شعبة عائدية النسب ، بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٠.
٤- أنظر : د. اشرف عبد الرزاق ويح ، موقع البصمة الوراثية من وسائل إثبات النسب الشرعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٣١ .
٥- أنظر : د. عبد الباسط محمد الجمل ، مصدر سابق ، ص١٦٦ .
٦- أنظر : د. سعد الدين سعد هلالي ، مصدر سابق ، ص٤٢.

الجزيئية) فاذا كانت هذه المحاليل غير نقية وبالدرجة المطلوبة واستخدمت في التحاليل فأنها ستؤدي إلى نتائج غير جيدة أو مغايرة للنتائج الصحيحة كما تأثر على نتيجة تحليل البصمة الوراثية ، كما تؤثر الأخطاء الجهازية التي تحدث نتيجة عدم التأكد من الدقة الوظيفية للجهاز على نتائج الحامض النووي ، لذلك فأن صحة نتائج تحليل الـ (D.N.A) يتوقف على وجود معامل ومختبرات عالية الكفاءة ومجهزة بوسائل حديثة ومتطورة ومهيئه بكوادر فنية لاجراء هذه التحاليل ممن يحملون تخصص بهذا المجال ، ومما تجدر الإشارة إليه أن أخذ عينة البصمة الوراثية يجب أن يكون بحضور الأطراف المعينة لكي يتأكدوا من مصدر هذه العينات ولكي لا يشوب العمل الإجرائي البطلان [١].

وخلاصة القول أن ما يأخذ على البصمة الوراثية يبدأ من رفع الأثر البيولوجي وما يصاحبه من أخطاء ، مروراً بالمختبرات العلمية وصولاً إلى النتائج فأن هذه الدورة يصاحبها أخطاء بشرية مما يؤدي إلى عدم دقة النتائج. فلا بد من اعتماد المعامل القياسية ويجب أن تجري عملية إظهار البصمة الوراثية في مختبرات علمية متخصصة ومعدة لهذه الغاية، إذ تكون مجهزة بالأدوات العلمية اللازمة، وأن تنجز الإعمال المطلوبة بدون أي تلوث، وأن تكون مخصصة لحفظ العينات البيولوجية، وأن تتضمن الحماية ضد السرقة والتلف وضمان السرية المطلقة [٢] ، فضلاً عن ذلك أن اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في أساسه على ضرورة توافر أبنية ومستلزمات مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة ، فأن ذلك يتطلب بالمقابل نفقات مالية باهظة ، فضلاً عن ارتفاع تكاليف اجراء تحليل البصمة الوراثية ،لأن معظم الشركات المصنعة للمواد المستخدمة في اجراء التحاليل هي شركات تجارية تحتكر المواد التي لا غنى عنها في اجراء التحليل كالمجسات ، إذ يكلف اجراء فحص البنوة لدعوى قضائية واحدة تشمل الأب والأم والطفل ما مقداره (٤٥٠ دولار)[٣] ، مما يستدعي القول بأن مجال اللجوء إلى هذه الطريقة لابد أن يكون بحدود ضيقة جدا.

الفرع الثاني

الصعوبات القانونية

إن اللجوء إلى أجراء تحليل البصمة الوراثية ، لايمكن أن يحجب عنا رؤية بعض الصعوبات القانونية فتحليل الحامض النووي للشخص المعني، والموجود في خلية من خلايا جسده، يعني أن الإمر يتطلب

١- أنظر : د. محمد حسين الحمداني ، مصدر سابق ، ص٣٤٧.

٢- أنظر : علي عبد الله مجيد الحساني ، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، ٢٠١٤، ص٦٨.

٣- أنظر : د. عامرة جابر النعمة ، الطب العدلي وتقنيات الحمض النووي ،ط٢،مطبعة مكتبة الشمس بغداد ، ٢٠٠٩،ص٤٢.

أخذ جزء من الجسم، لإخضاعه للتحليل الجيني، وهو ما يعتبره البعض، مساساً بحق الأنسان في السلامة الجسدية، والحق في الحياة الخاصة، اللذان يوفر لهما القانون الحماية، وتنص الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، على ضرورة احترامهما ، فضلاً عن مدى تطابق البصمة الوراثية مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، كذلك من هذه الصعوبات غياب التنظيم القانوني للبصمة الوراثية في بعض الدول . والواقع، أنه بقدر امكانية التغلب على هذه الصعوبات، بقدر ما يتم تمهيد الطريق أمام القضاء، لأن يحكم بالعدالة ويحقق للشريعة الاسلامية سعيها في حفظ الانساب من الضياع أو الاختلاط. وهذه الصعوبات هي :-

اولا – مدى انسجام البصمة الوراثية مع مبادئ الشريعة الإسلامية :- تواجه البصمة الوراثية عائق كبير أسست عليه الشريعة الإسلامية أغلب أحكام النسب و لم تزعزعه أو تهدر قيمته الإ بما هو أقوى منه و هو اللعان و هذا العائق هو الفراش الذي لا تستطيع البصمة الوراثية اقتلاعه لأنه ثابت بالكتاب و السنة لقوله (الولد للفراش) اضافة إلى اللعان الذي جعلته الشريعة الإسلامية الطريق الوحيد لنفي النسب ، وعليه فأن هناك من يتمسّك باللعان لنفي النسب و يرفض الخضوع لفحص البصمة الوراثية لعدم النص عليها شرعاً ، و من جهة أخرى هناك من يحتجّ بأن تحاليل البصمة الوراثية لم يرد بشأنها حكم عن الشارع الحكيم و تجاهلوا قوله تعالى " سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ "[١]

ثانيا – مبدأ معصومية الجسد : لكي يكون تحليل الـ (D.N.A) مقبولا في الإثبات فلابد أن تكون اجراءات الحصول عليه مطابقة لما منصوص عليه قانونا ، والا اصبح لا قيمة له أذا ماوصل القضاء بطريقة غير مشروعة[٢] . إذ أن استخدام الـ (D.N.A) كدليل علمي في الإثبات يعتريه بعض الصعوبات خاصة اذا تمسك الخصم بمبدأ معصومية الجسد وحرمة الحياة الخاصة وخروج جسم الأنسان عن دائرة التعامل لغرض عدم الكشف عن الحقيقة [٣]. يحظر على كل شخص الاعتداء على غيره والمساس بجسده ، فكل مساس اعمالاً لمبدأ عدم جواز المساس بجسم الانسان يدخل كأصل عام في دائرة التعدي غير المشروع والموجب لقيام المسؤولية القانونية ، وقد عنيت احكام الشريعة الإسلامية وقواعدها عناية فائقة بحماية النفس البشرية ، فقد تفضل الله تعالى على عباده فجعل ما هو حق لهم لا ينتقل الملك فيه الا برضاهم ، ولا يصح الإبراء منه الإ بإسقاطهم [٤]، وكما منعت الشريعة

١- أنظر الاية (٥٣) من سورة فصلت .
٢- أنظر : د. حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص٨٥٩.
٣- أنظر : د. محمد محمد ابو زيد ، مصدر سابق ، ص٢٨٧.
٤- أنظر : محمد بدر المنياوي ، مصدر سابق ، ص٨٠٣.

الغراء أجبار الشخص على الإقرار بجرمه ، أو إكراهه على الاعتراف أو تقديم دليل ضد نفسه وأبطلت الدليل الناتج عن ذلك ، وبهذا قال جمهور الفقهاء[١] ، وقد رسخ هذا المبدأ بصورة واضحة في الاتفاقيات الدولية فنجد أن المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الأنسان قد نصت على "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"[٢]. فضلاً عن ذلك فقد كان للدساتير دور في حماية الفرد وحماية حقوقه فكأنت اغلب دساتير العالم تؤكد على ذلك ضمن مواد دستورية افردت لهذا الغرض، ومنها الدستور العراقي [٣] والدستور المصري[٤]. ولغرض اجراء تحليل البصمة الوراثية لابد من اقتطاع جزء من الجسم مما يعتبر ذلك مساس بالسلامة الجسدية فأن القاضي سيصطدم بمبدأ معصومية الجسد وتعارضه مع الحرية الفردية للأشخاص ، فجسم الانسان مصان من الناحية الشرعية والقانونية فله الحق بالمحافظة على وضعة الصحي الذي عليه وانعدام احساسه بالألم والاحتفاظ بكل اجزاء جسده السليمة ، وعليه فكل عمل يشكل مساساً بجسم الأنسان هو عمل غير مشروع قانوناً ، اعمالاً لمبدأ عدم جواز المساس بجسم الأنسان ، ولكن هذا المبدأ ليس مطلقاً فالكثير من التشريعات تقيد هذا الحق لأغراض العدالة [٥] . فقد اشار قانون الأحوال الشخصية العراقي لذلك بما يتعلق بمسائل الزواج إذ الزم طرفي عقد الزواج بالخضوع لاختبارات صحية تؤيد سلامة الزوجين من الإمراض السارية ، الا أنه لم يجعل من سلامة الزوجين شرطاً موضوعياً

١- أنظر : الإمام شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص ٧٠. وجاء في المختصر النافع ((لو أقر المتهم بالسرقة نتيجة ضربه واهانته وتعذيبه لا يعتبر اقراراً ولا يثبت به حد ولا غرم)) ، نجم الدين جعفر المعروف بالمحقق الحلي ، مصدر سابق ، ص١٧٦.

٢- أنظر : ايضا بهذا الخصوص نص المادة (٥،٦،٧) من الإعلان، و(المادة ٣) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ١٩٥٠ ، و(المادة ٧) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية (العهد الدولي) لعام ١٩٦٦.

٣- أنظر : نص المادة ٣٧ اولا من الدستور العراقي ٢٠٠٥، إذ جاء فيه " أ- حرية الإنسان وكرامته مصونة، ب- يحرم جميع أنوع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية. كذلك أنظر : نص المادة ١٥ من الدستور العراقي ٢٠٠٥ باب الحقوق والحريات إذ نصت (لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقيدها الإ وفقاً للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية).كذلك أنظر : نص المادة ١٧ من الدستور نفسه إذ نصت (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة).كذلك أنظر : ما جاء في نصوص قانون الصحة العامة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ حول حظر أي إجراء طبي الإ بموافقه ورضاء المريض، وكذلك ما جاء في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل في المواد (٤٠٥- ٤٢٠) لما يخص الإنسان وسلامة جسده.

٤- أنظر : نص المادة ٤٣ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ إذ جاء فيه (منع إجراء أي تجربة طبية أو علمية على جسم الإنسان بغير رضائه الحر).كذلك أنظر : نص المادة ٤٥ من الدستور المصري لعام ١٩٧١إذ جاء فيه (لحياة المواطنين الخاصة حرية يحميها القانون ، وللمراسلات البريدية والرقمية والمحادثات التليفونية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة وسريتها مكفولة، ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها الإبامر قضائي مسبب ولمدة محدودة وفقاً لاحكام القانون).

٥- أنظر : نص المادة ٧٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنه ١٩٧١ (لقاضي التحقيق أو المحقق أن يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه واخذ تصويره الشمسي أو بصمة اصابعه أو قليل من دمه أو شعره أو اظافره أو غير ذلك مما يفيد التحقيق لاجراء الفحص اللازم عليها).

من شروط عقد الزواج بل مجرد اجراء شكلي[١]. ويمكن تطويع نصوص القانون المدني لخدمة البصمة الوراثية والتي منها نص المادة " الضرورات تبيح المحظورات ولكن تقدر بقدرها"[٢]، ونص المادة " يختار اهون الشرين ، فأذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضرراً ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ولكن الأضطرار لا يبطل حق الغير ابطالاً كلياً" [٣]. فمن خلال هذه النصوص يمكن أن يتم اخذ عينة من جسم الإنسان ولايعد بالأعتداء الخطير الذي يمس سلامة الإنسان لسبب بسيط وهو سهولة الحصول على العينة والتي يمكن اعتبراها كأي اجراء طبي روتيني مثل زرق ابرة في حالات المرض أو حتى بالحالات الاعتيادية عندما يقوم بقص شعره أو اظافره ، لأن الكشف عن حقيقة نسب الطفل من خلال هذا الإجراء لا يقل اهمية عن مبدأ المساس بجسم الإنسان ، فحق الطفل في معرفة حقيقة نسبه لا يتعلق بشخص واحد وأنما هو حق مشترك بين الله والأب والأم فضلاً عن كونه من اهم الحقوق المقررة للطفل[٤].وخلاصة القول أن اللجوء إلى البصمة الوراثية ، ينبغي أن يكون بعيداً عن التدخل الذي يمس الحياة الخاصة للأفراد أو خصوصياتهم الجينية ، وبعبارة أخرى يجب أن لا يؤدي هذا التحليل إلى الكشف عن المعلومات المتعلقة بأسرار الإفراد المرضية أو الصحية ، فنجد أن الطريقة التي وضعها العالم (Alice Jeffrey) في تحليل (D.N.A) تضمن الا تعطي الشفرة اية معلومات عن الشخص الذي اخذت منه المادة ، الا أن المعامل تقوم باجراء تحاليل آخرى اضافية ، من اجل تحديد النوع أو الجنس وغيرها من المعلومات ، كما يمكن استخدام تقنيات اخرى لتحديد مكان تواجد الجينات في مجموعة الكروموسومات التي تسمح بالكشف عن بعض الإمراض أو الاستعدادات الوراثية لها [٥].

ولكن اذا كأن هذا صحيحاً في ظل الوضع الراهن للعلم ، اذ لا يمكن قراءة المعلومات الوراثية على اشرطة الحمض النووي ، الا أنه يمكن استبعاد هذه الإمكانية في المستقبل وعليه يجب أن تمنع التشريعات التوسع بالابحاث المتعلقة بالشفرات الشريطية من اجل التوصل إلى معلومات وراثية.

ثالثا – غياب التنظيم التشريعي :- من أهم معوقات استخدام البصمة الوراثية الافتقار إلى التنظيم القانوني إذ لابد من أن يتم استخدام البصمة الوراثية ضمن نصوص قانونية من اجل توفير الحماية الكافية لحق الإنسان بسلامته وخصوصيته الجينية ، ووضع نظام داخلي تسير عليه

١- أنظر : نص الفقرة الخامسة المادة (١٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
٢- أنظر : نص الفقرة الأولى من المادة (٢١٢) من القانون المدني العراقي
٣- أنظر : نص المادة الفقره الأولى (٢١٣) من القانون المدني العراقي .
٤- أنظر : د. بدران ابو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة، مصدر سابق ، ص٣٩.
٥- أنظر : د. جميل عبد الباقي الصغير ، مصدر سابق، ص٧٥ .

المؤسسات الطبية التي تجري البصمة الوراثية لأغراض علاجية واشراف الدولة عليها بصورة مباشرة وترصين عمل هذه المؤسسات بالكوادر العلمية المتخصصة ووضع عقوبات انضباطية رادعة لأي مخالفة يمكن أن تصدر عن هذه المؤسسات ومن حق أي طرف من أطراف الدعوى الطعن بنزاهة تلك المؤسسات أو بعدم اختصاصها في إجراء التحليل على أن يكون الطعن مبنياً على أسباب جدية كذلك لابد من تعليمات قانونية تصدر من الجهات الصحية المختصة لغرض ضبط المختبرات العلمية المتخصصة لعملية إجراء تحليل الحامض النووي D.N.A، والتحاليل الأخرى المتعلقة بهذا الإجراء، على وفق نسق ممنهج ، فلا بد أن يتم ذكر جميع المعلومات الأخرى التي ليس لها علاقة لها بالجانب العلمي في استمارة أعدت لهذا الغرض يذكر فيها نوع الدعوى ورقمها، وعدد أصحاب العلاقة بها، وتاريخ ووقت دخول العينات البيولوجية إلى المختبر، والمكان الذي تحفظ فيه، إلى غير ذلك من الامور مع مراعاة حفظ هذه الاستمارة للرجوع إليها عند الحاجة[1].

١- أنظر : د.مضاء منجد مصطفى، البصمة الوراثية دورها في الإثبات الجنائي ، ط١، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية الرياض، ٢٠٠٧م، ص٨٧.

الخاتمة

بعد أن انتهينا بحمد الله و توفيقه من بحث موضوعنا الموسوم بـ (إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة) لابد أن نختمه بخاتمه نعرج بها إلى اهم النتائج التي تم استنتاجها من هذا البحث اضافه إلى ما نقترحه من مقترحات نبغي من ورائها رضاء الله سبحانه وتعالى اولاً والفائدة للفرد والمجتمع بوضع حل للمشاكل المثارة بشأنه ثانيا إذ أن قضايا النسب تشكل النسبة الأكبر من بين قضايا الأحوال الشخصية في المحاكم الشرعية وحسب الآتي :-

اولا- النتائج:-

من النتائج العامة التي توصلنا اليها في ختام هذ البحث ما يلي :-

١- أن الطرق الشرعية لإثبات النسب هي قيام الزوجية (الفراش) ، الاقرار، البينة اما القرعة فبها قال بعض العلماء من مختلف المذاهب حسماً للنزاع عند تعدد المدعين للنسب ، وهذه الطرق تؤكد الدقة في احكام الشريعة الإسلامية لمعالجه المشاكل الثائرة بشأن النسب وحتى المسائل الحادثة فقد كان للشريعة الدور الكبير في تنظيم وتبويب القواعد الخاصة بالنسب .

٢- أن أهمية النسب لا تقتصر على الفرد وأنما تتجاوزه إلى المجتمع فبالنسبة للفرد فهو بحاجة للأب والأم والولد فبالنسبة للولد يعتبر حفاظ لحياته من العوز والمهانة ، كما أنه حق للمجتمع فهو يجمع شتات الأسرة فبدونه تكون الأسرة ضعيفة هزيلة وبذلك تنتشر الصفات الرذيلة بالمجتمع بأنواعها كافة ولما كانت الأسرة ما هي الا صورة مصغرة عن المجتمع فمتى كانت متماسكة ومترابطة وموحده كان المجتمع كذلك.

٣- أن الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان فقط بشروطه المعتبرة.

٤- ان المسائل التي تتعلق مده الحمل لابد من الرجوع بها لاهل الاختصاص اما بالنسبة للتنازع في نسب الصغير ففي جميع هذه الحالات نرى الرجوع إلى أهل الاختصاص ضرورياً وواجباً.

٥- لايجوز إحلال البصمة الوراثية محل اللعان في نفي النسب ، لما فيه من المصادمة للنصوص الشرعية الثابتة ، ومخالفة ما أجمعت عليه الأمة.

٦- أن البصمة الوراثية تعتمد على صفات وراثية تنتقل من الأباء إلى الأبناء، فالبصمة الوراثية هي الهوية البيولوجية التفصيلية لكل فرد بعينه، فهي المخزون الوراثي لأصول الفرد ، ولا يمكن أن تتشابه البصمة الوراثية مع أي شخص أخر الا بين التوأمين المتماثلين، فهي تعدُّ وسيلة دقيقة للتمييز بين الاشخاص.

٧- أن الفقه الإسلامي أختلف بشأن استخدام البصمة الوراثية في اثبات النسب ، كذلك أن الفقه القانوني قد اختلف ايضاً بشأن استخدام البصمة الوراثية في الإثبات فمنهم من أيد الإخذ بها لأنها

تعد من نتاج التطور العلمي كما أنها حيادية لا تتحيز إلى جانب دون الآخر ، بينما ذهب البعض إلى عدم جواز الإخذ بها لأنها تتعارض مع الحرية الفردية ، فهي تعد من الأدلة العلمية ، وذلك لأن الحامض النووي الموجود في نواة الخلية يختلف من شخص لأخر، ولا يمكن حصول التشابه بين شخصين ، مما يجعل لكل شخص بصمة وراثية تميزه عن غيره.

٨- لا تخلو طرق الإثبات التقليدية من العيوب التي تعتريها خاصه في الاقرارات الغامضة والمبهمة ، والكاذبة وتعدد الإقرارات في النزاع الواحد وعدم تطابقها أو قد يكون الإقرار صادر عن ارادة معيبه إذ أن بعض عيوب الإرادة المعروفة يصعب تصور أن تكون قد شابت ارادة المقر ومنها عيب الاستغلال، كذلك الحال بالنسبة للشهادة في حال الكتمان والعزوف عن اداء الشهادة مما يفقدها وظيفتها المرجوة، فضلاً عن جانب النسيان الوارد في الشاهد وتعارض الشهادات الصادرة من شخص واحد اذا ماتراخى الفصل في الدعوى.

٩- إن البصمة الوراثية لا تقتصر على إثبات النسب فقط وأنما تمتد إلى المجال الجنائي والطبي والعلاجي، فمن خلالها تم التعرف على الكثير من الإمراض والعلاجات.

١٠- أصبحت البصمة الوراثية محل اهتمام المؤتمرات الدولية والعربية والندوات والدراسات التي تهتم بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، نظراً لأهميتها من جانب وما تشكله من خطورة على الحقوق والحريات الأساسية للفرد من جانب آخر، وأن ما جاءت بها المؤتمرات الدولية والعربية أصبحت تمثل التزاماً على عاتق الدول لتكريس مضامينها بقوانينها الداخلية.

١١- تعد البصمة الوراثية طريقة حديثة ومتناهية الدقة، ولكنها عرضة للنتائج المظللة والخاطئة، في حال إذا لم تستخدم بدقة، لذا لابد من الالتزام بالضوابط والإجراءات والتعليمات المتبعة ، ابتداءً من اخذ العينة مرورا بحفظها بطريقة سليمة ، وسلامة الإجراءات المختبرية، فهي تحتاج لمعايير للتأكد من صحتها وخاصة المؤهلات العلمية والخبره والاجهزة المختبريه المستخدمة.

١٢- تعارض البصمة الوراثية مع مبدأ عدم امكانية اجبار الفرد تقديم دليل ضد نفسه ، كذلك أن القاعدة العامة في جميع القوانين الوضعية هي عدم جواز المساس بجسم الإنسان تحت أي مسمى يمكن أن تقدمه معطيات التطور العلمي ، الا أن الحق في سلامة جسده، هو ليس حقاً مطلقاً ، وأنما يجوز المساس به ولكن وفقاً شروط محددة ، إذ أن الاتجاه الحديث يرفض ذلك إذ يذهب إلى التمييز بين عبء الإثبات وهو عبء سلبي يقع على عاتق من يدعي خلاف الظاهر وبين عبء اقامة الدليل إذ هو عبء ايجابي ويقع على عاتق الطرفين بتقديم الدليل الذي يساعد على الوصول إلى الحقيقة ، كذلك أن المادة التاسعة من قانون الإثبات العراقي اعطت القاضي الحق بأن يأمر اي من الطرفين بتقديم الدليل الذي بحوزته ويعد رفضة يمكن ان تكون حجة عليه.

١٣- إن البصمة الوراثية من حيث القيمة الإثباتية تخضع لتقدير القاضي شأنها شأن أعمال الخبرة ، فهناك بعض الدول تعد البصمة الوراثية دليل علمي قاطع بينما البعض الاخر لاترى لها اي وزن في الاثبات.

ثانيا - المقترحات

١- نقترح أن يعيد المشرع النظر ببعض نصوص قانون الأحوال الشخصية ، وأن تضاف الطرق الحديثة كوسيلة اثبات بالإضافة إلى الطرق التقليدية في الإثبات.

٢- إضافة نص في قانون الاثبات يجيز الاستعانة بالبصمة الوراثية وتكون كالاتي (للمحكمة من تلقاء نفسها الاستعانة بإجراء تحليل البصمة الوراثية والاعتماد على نتائجها في الإثبات، متى رأت في ذلك مصلحة لتحقيق العدالة) .

٣- لا يمكن اجراء تحليل البصمة الوراثية الا بمختبرات تابعة للدولة يتم تأسيسها على وفق منهج علمي وتقنيات حديثة أنشئت لهذا الغرض ،وأن من يعمل في مجال التحليل في البصمة الوراثية ، هو من يملك المواصفات والتخصص والخبرة لضمان صحة التحليل ودقة النتائج وتجريم المداخلات الطبية الجينية التي تجري لأغراض غير علاجية سواء أكانت هذه الاغراض عرقية ترمي إلى تحسين بعض الصفات الوراثية للإنسان أم تكوين الهجائن باستثناء المداخلات التي تجري باستخدام البصمة الوراثية لأغراض علاجية نظراً لما تمثله من انتهاك لحق الإنسان في خصوصيته الجينية ، وذلك عن طريق نصوصاً قانونية في قانون العقوبات.

٤- أنشاء مركز طبي للبصمة الوراثية ، يحتوي على قاعدة بيانات وراثية تعود لكل فرد عراقي يكون أشبه ببنك المعلومات الجينية في أمريكا و فرنسا، ويمكن تقسيمه إلى ثلاثة أقسام لتسهيل تداول المعلومات وهي قسم الجرائم الجنائية وإثبات النسب والتحقق من الهوية وقسم يحتوي على المعلومات الطبية الوراثية لكل شخص والقسم الأخير مخصص للبحوث والتطوير .

٥- استحداث قسم خاص يسمى ((قسم تحليل الحمض النووي D. N. A)) في جميع المختبرات والمستشفيات التابعة لوزارة الصحة العراقية، ويدار من قبل أطباء ومحللين مختصين في هذا المجال، ويزود بأحدث الأجهزة العلمية والتقنيات الفنية المتطورة ، لتقليل العبء على دائرة الطب العدلي التابع لوزارة الصحة في العاصمة بغداد .

٦- إن التقرير الذي يصدر من دائرة الطب العدلي والذي يتضمن نتائج الفحص والذي لابد من عدم الاطلاع على نتائجه سوى القاضي كونه سرياً وشخصياً ، الا أن ما يحدث أنه قبل أن يطلع عليه القاضي يطلع عليه اطراف الدعوى إذ يؤدي ذلك إلى نتائج سلبيه تصل إلى القتل داخل دائرة

الطب العدلي أو تعرض الطبيب الاختصاص إلى القتل ، فنقترح أن يتم ارسال التقرير الكترونيا إلى الجهة المعنية.

٧- نقترح وضع بصمة الفرد الوراثية عند استخراج هوية الأحوال المدنية أو البطاقة الوطنية لكي يستفاد منها بالتعرف على الهوية دون اللجوء إلى أخذ عينة منه وتجري مقارنتها مباشرة ، على أن يتم حفظ هذه المعلومات بسرية تامة ولا يجوز الاطلاع عليها الا بأمر صادر من القضاء.

٨- أن العمليات الإرهابية التي نفذت في العراق سابقاً وحالياً وتهددنا لاحقاً، ونظراً لوحشية الإرهاب ، وما تخلفه هذه العمليات من أشلاء وحروق للأبرياء في أجسادهم إذ يصعب التعرف عليهم بالوسائل التقليدية المتبعة ، لذلك نقترح على الدوائر والمؤسسات المعنية العمل بالبصمة الوراثية لمعرفة هذه الإشلاء والجثث خلال مدة زمنية محددة وبالسرعة الممكنة من أجل تسليمهم إلى ذويهم .

واخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين