حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي

Authenticity of DNA in Producing Law Descent in Islamic and Iraqi

م.د. صدام حسين ياسين العبيدي*

القاضي عواد حسين ياسين العبيدي**

المقـــدمـــة

يعد اكتشاف البصمة الوراثية(DNA) حدثاً مهماً في حياة البشر وفتحاً علمياً كبيراً في مجال الطب، وهو أحد ثمرات التطور العلمي، وعلى الرغم من الأهمية البالغة للبصمة الوراثية في إثبات النسب، وفي مجال الإثبات الجنائي الحديث إلا انها لم تخل من التشكيك في صحة النتائج المتحصلة عن طريقها، لذا فقد أثرنا الكتابة في هذا الموضوع المهم من خلال التصدي للبحث في (حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي) لذا توجب علينا بيان أهمية الموضوع، ومشكلته، والمنهجية المتبعة، وخطة البحث.

أولاً: أهمية الموضوع

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويربط بين أفرادها برابط دائم الصلة يقوم على أساس وحدة الدم، ورابطة النسب هي نسيج الأسرة التي لا تنفصم عراه، وهي

* رئاسة ديوان الوقف السني .

** محكمة بداءة كركوك .

نعمة عظيمة أنعمها الله عزَّ وجل على الإنسان ولولاها لتفككت أواصر الأسرة ولذابت العلاقة بينهما، وقد احتاطت الشريعة الإسلامية في مسألة الأنساب وجعلت ثبوت النسب عن طريق الفراش (الزوجية) والإقرار والشهادة، إلا ان تغير قيم المجتمع وإنكار بعض الآباء والامهات لابناءهم جعل من الضروري الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب، ومن هذه الوسائل إثبات النسب بالبصمة الوراثية للنتائج المذهلة التي تمخضت عنها وتكاد تكون نسبة دقة الإثبات بالبصمة الوراثية(١٠٠%) ومن هنا تتجلى أهمية هذا الموضوع .

ثانياً: مشكلة البحث

إن إثبات النسب بالبصمة الوراثية هي من الوسائل المستحدثة في مجال الطب ولم تكن محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية مما جعل ذلك أمر لا مفر من مناقشته وبيان حجية البصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية ومدى مشروعيته هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ نظم النسب بنصوص صريحة في المادة (٥١) منه ولم يذكر من ضمنها إثبات النسب بالبصمة الوراثية، فضلاً عن أن المادة (١٠٤) من قانون الإثبات أعطت الحق للقاضي بالاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية دون أن تحدد ماهية تلك الوسائل وهنا تكمن مشكلة البحث.

ثالثاً: منهجية البحث

إن طبيعة موضوع الدراسة فرض اتباع المنهج التحليلي الذي عماده وصف النصوص كما هي دون زيادة أو نقصان ومن ثم تحليلها لاستنباط الأحكام منها، ولغرض اعطاء البحث بُعده العملي تم الاستشهاد بأحكام القضاء العراقي لغرض مزج النظرية بالتطبيق وإغناءً للبحث وعدم جعله قاصراً على الجانب النظري.

رابعاً: خطة البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث تم تناوله وفق خطة تكونت من مقدمة ومبحثين

ثم اتبعناهما بخاتمة حوت أهم النتائج والتوصيات وكما يأتي:

المقدمة:

المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية ومشروعيتها وحجيتها في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية ومشروعيتها.

المطلب الثاني: حجية إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: وسائل إثبات النسب في القانون وحجية الإثبات بالبصمة الوراثية ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: وسائل إثبات النسب في القانون.

المطلب الثاني: حجية إثبات النسب بالبصمة الوراثية في القانون.

ثم الخاتمة: والتي تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

المبحث الأول

تعريف البصمة الوراثية ومشروعيتها وحجيتها في إثبات النسب في الشريعة الإسلامية

كشف العلم الحديث الحامض النووي الذي يدل على هوية كل إنسان، واطلق عليه البصمة الوراثية (DNA)، واستخدم في مجالات مختلفة كإثبات النسب ونفيه، واكتشاف الجرائم وغيرها خصوصاً بعد أن ظهرت تلك الاستخدامات النتائج الدقيقة التي تم التوصل إليها من خلاله، وهذا الاكتشاف العلمي المهم تناولته الدراسات والبحوث الفقهية وسلطت الضوء عليه لبيان موقف الشريعة الإسلامية منه كدليل علمي ذو نتائج دقيقة وعالية، وبيان مدى إمكانية الاستفادة منه في مجالات إثبات النسب ونفيه، والقضايا الجنائية وغيرها، لذا سنتناول في هذا المبحث تعريف البصمة الوراثية ومشروعيتها، وبيان طرق إثبات النسب، وحجية البصمة الوراثية، وذلك من خلال

مطلبين، نخصص المطلب الأول لتعريف البصمة الوراثية ومشروعيتها، ونخصص المطلب الثاني لطرق إثبات النسب وحجية البصمة الوراثية.

المطلب الأول: تعريف البصمة الوراثية ومشروعيتها

نتناول هذا المطلب في فرعين، نخصص الفرع الأول لتعريف البصمة الوراثية، ونخصص الفرع الثاني لمشروعية البصمة الوراثية.

الفرع الأول: تعريف البصمة الوراثية

البصمة الوراثية: مركب وصفي يتكون من كلمتين (البصمة) و (الوراثية)، لذا فإن بيان مصطلح البصمة الوراثية يقتضي تعريف البصمة والوراثية في اللغة، ثم تعريف البصمة الوراثية في اللغة، ثم تعريف البصمة الوراثية في الاصطلاح الشرعي وكما يأتي:

أولاً: البصمة لغةً: تعني العلامة يقال بصم القماش بصماً، أي رسم عليه[١].

وفي المعجم الوسيط البصمة بمعنى أثر الختم بالأصبع، نقول بصم بصماً، أي ختم بطرف أصبعه[٢]، وَبَصَم بَصماً بطَرَف إصبعه، والبَصمَةُ: أَثَرُ الخَتمِ بالإصبع[٣].

إذن فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع وهي الآثار التي تتركها الأصابع عند ملامستها أي سطح مصقول، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تغطي جلد الأصابع، وهي لا تتشابه إطلاقاً حتى في أصابع الشخص الواحد[١].

١- المنجد في اللغة والاعلام. إعداد مجموعة من أهل اللغة والباحثين تحت إشراف المطبعة الكاثولوكية. ط٣٣. بيروت: دار المشرق، ١٩٩٢م. ص٤٠.

٢- ينظر: المعجم الوسيط. صادر عن مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربية. ط٤. القاهرة: مكتبة الشروق، الدولية، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م. ص٦٠. مادة بصم.

٣- ينظر: المعجم الوجيز. صادر عن مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربية. ط١. القاهرة، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م. ص ٥٣. مادة بصم.

ثانياً: الوراثية لغةً: مشتقة من الوراثة، وأصل الورث: الانتقال يقال وَرِثَ المالُ يَرِثُه وَرَثاً وإرثاً ووراثةً إذا انتَقل إليهِ المالُ بَعدَ مَوتِ مورِثِه، والوارث صفة من صفات الله عزَّ وجل، وهو الباقي الدائم الذي يَرِثُ الخلائق ويبقى بعد فنائهم، والله عزَّ وجل يرث الأرض ومن عليها[٢].

والوراثة: علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحيّ من جيل إلى آخر، وتفسير الظواهر المتعلِّقة بطريقة هذا الانتقال[٣].

ثالثاً: البصمة الوراثية لغةً: بناءً على ما تقدم بأن من معاني البصمة لغةً هو العلامة أو أثر الختم بالأصبع يمكن تعريف البصمة الوراثية لغةً بأنها: الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء، أو من الأصول إلى الفروع عن طريق المورثات أو الجينات الكامنة في الحيوان المنوي للأب وبويضة الام[٤].

رابعاً: البصمة الوراثية في الاصطلاح الشرعي: قبل تعريف البصمة الوراثية في الاصطلاح الشرعي لا بد لنا من بيان المدلول العلمي للبصمة الوراثية فنقول: إن البصمة الوراثية اكتشاف علمي ينسب إلى العالم الانجليزي "أليك جفري" عالم الوراثة بجامعة ليستر بإنجلترا الذي أثبت في دراسته أن لكل شخص بصمة وراثية خاصة تميزه عن غيره من الناس، فأجرى دراسته على عائلة ليختبر ما إذا كان نظام توريث البصمة بالبساطة التي يتوقعها، فاتضح لديه أن نصف الشرائط والخطوط على فيلم الأشعة السينية يأتي من الأم والنصف الآخر من الأب، كما وجد أن أنماط الشرائط تورث

١- ينظر: المحلاوي، عماد الدين حمد عبدالله. الخارطة الجينية في ضوء الفقه الإسلامي. بيروت: مكتبة حسن العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م. ص ٢٤٩.

٢- ينظر: ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم. لسان العرب. بيروت: دار صادر. ج٢، ص١٩٩. حرف الثاء، فصل الواو، مادة ورث.

٣- ينظر: المعجم الوجيز. مرجع سابق. ص٦٦٤. مادة وَرِثَ.

٤- ينظر: الهلالي، د. سعد الدين مُسعد. البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة. ط١. القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م. ص٣٠.

بطريقة سهلة وبسيطة، ثم حاول أن يعرف مدى ثبات نظام الشرائط في الفرد نفسه إذا اختلف النسيج فأخذ عينات من الفرد نفسه من السائل المنوي، ومن الدم فتبين له أن البصمة الوراثية ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج الذي أخذت منه العينة، كما جرب حساسية نظام البصمة الوراثية بالنسبة لحجم العينة فظهر له أنه حساس بما فيه الكفاية، فقطرة صغيرة من السائل المنوي، ونقطة صغيرة من الدم تكفي لتعطي النتيجة، كما توصل إلى أن النتائج تظهر باستخدام عينات قديمة، وتوصل أيضاً إلى أن احتمالية تشابه بصمتين تكاد تكون صفراً، لذا فمن المستحيل وجود شخصين لهما نفس البصمة الوراثية إلا إذا كانا توأمين متطابقين، وقد جرب هذا العالم طريقته هذه في حل قضية صبي يعيش في أفريقيا أدعى أن أمه تحيا في بريطانيا وقال موظفو الهجرة أنها عمته فاثبت صحة دعوى الصبي[١].

فالعالم جفري توصل إلى أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات مميزة لكل فرد، وسجل جفري براءة اكتشافه عام ١٩٨٥ وأطلق على هذه التتابعات اسم "البصمة الوراثية للإنسان" (The DNA Finger Print) وعرفت على أنها وسيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقارنة مقاطع (DNA) وتسمى في بعض الأحيان "الطبعة الوراثية" (DNA Typing)[٢].

فالبصمة الوراثية إذن مهمة جداً في تحديد هوية الإنسان، عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض(DNA) المتمركزة في نواة خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا الشريط في صورة شريط من سلسلتين كل سلسة بها تدرج على شكل خطوط عريضة مسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد على حمض(DNA)، وهي خاصة لكل إنسان تميّزه عن

١- ينظر: مستجير، د. أحمد. في بحور العلم. القاهرة: دار المعارف، ١٩٩٦م. ج١، ص١٤٦ وما بعدها.

٢- ينظر: سلامة، نهى. البصمة الوراثية تكشف المستور. مقال منشور في ١٨/ ١/ ٢٠٠١م على الرابط التالي: khayma.com/madina/m2-files/stamps2.htm متاح في ١/٧/ ٢٠١٧م.

الآخر في الترتيب وفي المسافة ما بين الخطوط العريضة وتمثل أحد السلسلتين الصفات الوراثية من جهة الأب (صاحب الحيوان المنوي) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة) ووسيلة هذا التحليل أجهزة ذات تقنية عالية يسهل على المتدرب قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر لحين الحاجة إليها[١].

بعد بيان المدلول العلمي للبصمة الوراثية يتضح لنا أن هذا المصطلح من المصطلحات الحديثة التي لم تعرفه كتب الفقه الإسلامي القديمة، لكن هذا لم يمنع الفقهاء المعاصرون من التعامل مع المستجدات والاستفادة منها في ضوء الأدلة والقواعد الشرعية، فوضعوا التعريفات لكل ما استجد من الامور، ومنها البصمة الوراثية، فقد عرَّفت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية البصمة الوراثية بأنها: "البنية الجينية (نسبة إلى الجينات، أي الموروثات) التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"[٢].

وقد أقر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي هذا التعريف وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقق من الشخصية، ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية من الدم أو اللعاب أو المني أو البول أو غيره[٣].

١- ينظر: عبدالفتاح، د. محمد لطفي. القانون الجنائي واستخدامات التكنلوجيا الحيوية. ط١. ٢٠١٢م. ص٨٨.

٢- ينظر: أعمال ندوة الوراثة والهندسة والجينوم البشري والعلاج الجيني رؤية إسلامية- المنعقدة في الكويت في الفترة من ٢٣- ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ- الموافق ١٣- ١٥ اكتوبر ١٩٩٨. إشراف د. عبدالرحمن العوضي، تحرير د. أحمد رجائي الجندي. الكويت سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م. ج٢، ص ١٠٥٠.

٣- ينظر: قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة والمنعقدة بمكة المكرمة من ١١- ١٥ رجب ١٤١٩هـ- ٣١ اكتوبر ١٩٩٨م. القرار الثاني بشأن الاستفادة من البصمة الوراثية. ص ٣١٤.

وعرَّفها الاستاذ الدكتور سعد الدين مُسعد الهلالي بأنها أي البصمة الوراثية هي العلامة المخلوقة في خلايا الإنسان والمعينة لهويته، والتي تسمح بالتعرف على أصوله وفروعه عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي (DNA) المتمركز في أي خلية من خلايا جسمه[1].

يتضح لنا مما تقدم أن البصمة الوراثية اصطلاحاً يقصد بها ما يتوارثه الأبناء عن الآباء من الصفات التي تحدد هويتهم بدقة ويتميزون بها عن غيرهم، فهي تلك الجينات الوراثية التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، والتي تتحكم في صفات الشخص الجينية التي يتميز بها كل فرد دون سواه.

الفرع الثاني: مشروعية البصمة الوراثية

البصمة الوراثية اكتشاف علمي مفيد ونافع، يعتمد على إثبات النسب وتحقيق الشخصية استناداً على الصفات والخصائص الوراثية المتشابهة بين الآباء والأبناء، فهو اكتشاف علمي توصل إليه العلم الحديث لذا يسري عليه شرعياً ما يسري على غيره من المكتشفات الحديثة من أحكام، والإسلام كدين دعا إلى العلم والنظر في أسرار الكون والخلق والطبيعة والتفكر في ذلك، قال تعالى: ﴿ إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ ﴿١٩٠﴾ الَّذِينَ يَذْكُرُونَ اللَّهَ قِيَامًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ وَيَتَفَكَّرُونَ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَٰذَا بَاطِلًا سُبْحَانَكَ فَقِنَا عَذَابَ النَّارِ ﴿١٩١﴾ ﴾ (آل عمران: ١٩٠-١٩١)، فلا غرو أن نجد أن الإسلام يدعوا إلى اكتشاف كل ما هو جديد ونافع للبشرية، لذا فإن الشريعة الإسلامية قد وضعت حكماً عاماً يندرج تحته كل اكتشاف وحدث ما لم يثبت فيه نوع من الحرمة أو الضرر، وهذا الحكم يستند إلى القاعدة الفقهية: "الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يصح المنع بوجه لا معارض له، ودليل

١- ينظر: الهلالي. مرجع سابق. ٤٠.

غير محتمل التأويل"[١]، والبصمة الوراثية ينطبق عليها هذا الحكم، إضافة إلى ذلك فإن هناك من الأدلة من القرآن والسنة وكذا المعقول ما يؤكد على مشروعية البصمة الوراثية ومن هذا الأدلة ما يأتي:

أولاً: من القرآن، قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩ ﴾ (النساء: ٢٩)، والتجارة هي المعاوضة والآية دليل على جواز جميع عقود المعاوضات مادام ذلك يكون بالتراضي، وليس فيه أكل لأموال الناس بالباطل، وجمهور المفسرين على أن الآية عامة تشمل كل أنواع التجارات، وأن المقصود بالباطل هو ما نص الشرع على تحريمه كالربا، والقمار، وغير ذلك من أنواع وصنوف الحيل[٢]، والبصمة الوراثية لا تخلو من أن تكون عقداً من العقود التي تبرم بين طرفين الطرف الأول يتمثل بطالب الكشف كالأب والأم والطرف الثاني المختبر الذي يجري عملية الكشف هذه وليس في هذا العمل إكراه ولا أكل لأموال الناس بالباطل، فهذا نوع من أنواع التجارة المباحة التي دلت عليه الآية الكريمة.

ومن أدلة القرآن أيضاً قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾(المائدة: ١)، وهذه الآية واضحة الدلالة على وجوب الوفاء بالعقود والعهود وهي تشمل كل عقد

١- ابن عبدالبر القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبدالله أبن محمد. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. تحقيق سعيد أحمد اعراب ومحمد الفلاح. ط٢. المغرب، المحمدية: مطبعة فضالة، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٢م. ج٦، ص ٣٤٤- ٣٤٥.

٢- ينظر: ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن كثير. تفسير القرآن العظيم. تحقيق مصطفى السيد محمد وآخرون. ط١. مصر، الجيزة: مؤسسة قرطبة- مكتبة أولاد الشيخ للتراث، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م. ج٣، ص٤٤٤. القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر. الجامع لأحكام القران والمُبيِّن لما تضمَّنه من السنة وآي الفرقان. تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي وآخرون. ط١. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م. ج٦، ص ٢٥٠.

مسمى أو غير مسمى، وكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد[١]، والتعامل بالبصمة الوراثية يعتبر عقداً أو عهداً يجب الوفاء به[٢].

ثانياً: من السنة: قول الرسول(ﷺ): "**الصُّلحُ جَائزٌ بَينَ المُسلِمينَ، إلَّا صُلحاً حَرَّمَ حَلالاً أو أحَلَّ حَرامَاً، وَالمُسلِمُونَ على شُرُوطِهم، إلَّا شَرطاً حَرَّمَ حَلالاً أو أحَلَّ حَراماً**"[٣].

وجه الدلالة: أن الرسول (ﷺ) قد اعتبر الصلح عقداً بين الناس يجب الوفاء به، وإنما خص المسلمين بالذكر لأنهم هم المعتبرون في الخطاب، المنقادون لأحكام السنة والكتاب، كما أفاد الحديث لزوم الشرط الذي اشترطه المسلم، وأن المسلمين ثابتين على شروطهم، واقفين عندها إلا ما حرَّم حلالاً أو أحلَّ حراماً[٤]، والتعامل بالبصمة الوراثية لا يخلو من كونه عقداً أو صلحاً أو شرطاً فيشمله الحكم بالجواز من حيث الأصل إلا أن يؤدي إلى الحرام فعند ذلك يحرم.

١- ينظر: الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي. أحكام القرآن. تحقيق محمد الصادق قمحاوي. بيروت: دار احياء التراث العربي- مؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م. ج٣، ص ٢٨٥.

٢- ينظر: الهلالي. مرجع سابق. ١٠٧.

٣- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الجامع الكبير. حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه الدكتور بشار عواد معروف. ط١. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٦. أبواب الأحكام، باب ما ذُكر عن رسول اللهﷺ في الصُّلح بين الناس، ح(١٣٥٢)، ج٣، ص٢٧، وقال عنه الترمذي حديثٌ حسنٌ صحيحٌ واللفظ له. أبو داود، سليمان بن الاشعث السجستاني. سنن أبي داود. اعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد . ط١. بيروت: دار ابن حزم، ١٤١٨هـ = ١٩٩٧م. كتاب الأقضية، باب في الصلح، ح(٣٥٩٤)، ج٤، ص ١٦.

٤- ينظر: الشوكاني، محمد بن إسماعيل الصنعاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام. ط١. الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع لصاحبه سعد بن عبدالرحمن الراشد، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م. ج٣، ص١٥٠ وما بعدها.

ثالثاً: من المعقول: بقياس البصمة الوراثية في إثباتها للنسب على القيافة[١]، وذلك لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القافة لاستنادها على علامات ظاهرة، أو خفية مبنية على الفراسة والخبرة والمعرفة في ادارك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء فإن الأخذ بنتائج الفحص بالبصمة الوراثية والحكم بثبوت النسب بناءً على قول خبراء البصمة الوراثية فإنه في أقل أحواله يكون مساوياً للحكم بقول القافة، وإن لم تكن نتائج البصمة الوراثية أولى بالأخذ بها؛ لأن البصمة الوراثية يُعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية، والتي عُلم بالتجارب العملية صحة نتائجها ودقتها في الدلالة على وجود الشبه والعلاقة النَّسَبِيَّة بين اثنين أو نفيه عنهما، فاكتشاف الموروثات الجينية الدالة على العلاقة النَّسَبِيَّة مما لا يوجد مثله في القافة مما يحمل ذلك على الحكم بمشروعية الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال اثبات النسب في الحالات التي يجوز الحكم بناءً على قول القافة قياساً عليها[٢]، كل ما تقدم يدل بوضوح على مشروعية البصمة الوراثية في كونها وسيلة من وسائل إثبات النسب في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: طرق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية وحجية البصمة الوراثية

للنسب أهمية كبيرة في الإسلام كيف لا وبه تحفظ الأنساب من الاختلاط بغيرها، فلا غرو أن نجد أنه جُعل من الضروريات الخمس التي اتفقت الشريعة الإسلامية على حفظها، فحرَّم الإسلام كل العلاقات الجنسية غير الشرعية، قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦

١- سيرد ذكرها والتعريف بها وموقف الفقهاء منها في الصفحات اللاحقة.

٢- ينظر: السبيل، د. عمر بن محمد. البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية. بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي. السنة الثالثة عشرة، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م، العدد الخامس عشر، ص٥٩- ٦٠.

﴿فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ٧﴾ (المؤمنون: ٥ – ٧)، وحرَّم الانتساب إلى غير الآباء، قال الرسولﷺ: "**مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعلَمُ أَنَّهُ غَيرُ أَبِيهِ، فَالجَنَّةُ عَلَيهِ حَرَامٌ**"[١]، كما توعد الذين ينكرون نسب أبناءهم من آباء وأمهات، أو ينسبون لأنفسهم أبناءً ليسوا منهم يقول الرسولﷺ: "**أيُّما امرأةٍ أدخَلت على قومٍ مَن ليس منهم، فليسَت من الله في شيءٍ، ولن يُدخِلَها جنَّتَهُ، وأيُّما رجلٍ جحَدَ ولدَهُ وهو ينظُرُ إليه، احتجبَ الله منه، وفضَحَه على رؤوسِ الأوَّلِينَ والآخِرين**"[٢] وما هذا الوعيد إلا لخطورة وأهمية النسب في الإسلام، لذا سنتناول في هذا المطلب طرق إثبات النسب في الإسلام، وحجية البصمة الوراثية في إثبات النسب من خلال فرعين، فنخصص فرع لكل منهما، لكن قبل ذلك لا بد لنا من تعريف النسب في اللغة والاصطلاح الشرعي فنقول:

النسب لغةً: النسب يعني وحدة الأنساب، ويستعمل عند اللغويين في مطلق الوصلة بالقربة، فيقال بينهما نسب أي قرابة، وجمعها أنساب، ومن هنا استعيرت النسبة في المقادير؛ لأنها وصلة على وجه مخصوص[٣]، ويطلق النسب في اللغة على معانٍ كثيرة منها:

١- البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. اعتنى به أبو صهيب الكرمي. الرياض: بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م. كتاب الفرائض، باب من ادَّعى إلى غير أبيه. ح(٦٧٦٦). ص١٢٩١. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. اعتنى به صهيب الكرمي. الرياض: بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ١٤١٩هـ = ١٩٩٨م. كتاب الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم. ح(٦٣)، ص٥٧.

٢- أبو داود. مرجع سابق. كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء. ح(٢٢٦٣). ج٢، ص ٤٨٢. النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب. السنن الكبرى. حقَّقه وخرَّج أحاديثه حسن عبدالمنعم شلبي.ط١. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م. كتاب الطلاق، باب التغليظُ في الانتفاء من الولد. ح(٥٦٤٥). ج٥، ص٢٨٦.

٣- ينظر: الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان، ١٩٨٦م. ص٢٧٣. مادة نسب.

القرابة والالتحاق، فيقال فلان يناسب فلاناً فهو نسيبه أو قريبه، وقيل أن القرابة في النسب لا تكون إلا من جهة الآباء، لذا قالوا انتسب إلى أبيه وأجداده، ويقال رجل نسيب أي ذو حسب ونسب إلى آباء كرام[١].

النسب اصطلاحاً: لم يهتم الفقهاء قديماً بوضع تعريف محدد للنسب اكتفاءً منهم بالتعريف اللغوي، وببيان أسباب النسب الشرعية، لذلك جمعوا فيه مسائل تتصل بالقرابة والمصاهرة[٢]، ومع ذلك وجد من عرَّف النسب بالقول: "هو القرابة والمراد بها الرحم، وهو لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة قربت أو بعدت كانت من جهة الأب أو من جهة الأم"[٣]. وقد عرَّف بعض الفقهاء المحدثين النسب بأنه: علاقة الدم أو رباط السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه[٤].

الفرع الأول: طرق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية

إثبات النسب يكون بطرق خمسة هي: الفراش، والاستلحاق، والبينة، والقافة، والقرعة، والطرق الثلاثة الأولى محل اتفاق بين العلماء[٥]، أما الأثنان الأخران فهما محل خلاف بين العلماء كما سنرى.

أولاً: الفراش: ويقصد به الفراش الشرعي وهو فراش الزوجية الصحيح أو ما يشبهه، فالفقهاء يعبرون عن قيام الزوجية بقولهم دليل الفراش أي كون المرأة فراش لزوجها، يقول الشيرازي الشافعي: "إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله وأمكن اجتماعهما

١- ينظر: ابن منظور. مرجع سابق. ج١، ص ٧٥٥- ٧٥٦، حرف الباء، فصل النون، مادة نسب.

٢- ينظر: الهلالي. مرجع سابق. ص ١٨٤.

٣- البقري، الشيخ محمد بن عمر. حاشية البقري على شرح الرحبية. طبع بالمطبعة الميمنية. ص١٠.

٤- ينظر: أحمد، د. أحمد. موضوع النسب. ط١. الكويت: دار القلم، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م. ص ١٧.

٥- ينظر: ابن قيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر. زاد المعاد في هدي خير العباد. حقق نصوصه، وخرَّج أحاديثه، وعلَّق عليه شعيب الأرنؤوط- عبدالقادر الأرنؤوط. ط٢٦. بيروت: مؤسسة الرسالة- الكويت: مكتبة المنار الإسلامية، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م. ج٥، ص ٤١٠.

على الوطء وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه في الظاهر لقولهﷺ: "**الوَلَدُ للفِرَاشِ**"[١] ولأن مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه فوجب أن يلحق به"[٢]، وهذا الطريق من أقوى طرق إثبات النسب وهو كما يقول ابن قيم الجوزية: "فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة"[٣].

ثانياً: الاستلحاق: ويقصد به الإقرار بالنسب، وغالباً ما يكون في أولاد الإماء، والإقرار هو إخبار الشخص عن ثبوت حق للغير على نفسه[٤]، والإقرار بالنسب نوعين:

الأول: إقرار يحمله المقر على نفسه فقط كالإقرار بالبنوة أو الأبوة، ويقبل هذا الإقرار.

الثاني: إقرار يحمله المقر على غيره وهو ماعدا الإقرار بالبنوة والأبوة كالإقرار بالأخوة والعمومة، وهذا الإقرار لا يقبل إلا بالبينة؛ لأن هذا الإقرار يرتب حقاً على الغير[٥].

١- البخاري. مرجع سابق. كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، ح(٦٨١٨)، ص ١٢٩٩. مسلم. مرجع سابق. كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، ح(١٤٥٧)، ص٥٨٠.

٢- الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ضبطه وصححه ووضع حواشيه الشيخ زكريا عميرات. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ = ١٩٩٥م. ج٣، ص٧٨.

٣- ابن قيم الجوزية. مرجع سابق. ج٥، ص ٤١٠.

٤- ينظر: الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي الحنفي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ط١. مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣١٥هـ. ج٥، ص٢.

٥- ينظر: السمرقندي، علاء الدين محمد بن احمد. تحفة الفقهاء. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، العلمية، ١٤٠٥هـ = ١٩٨٤م. ج٣، ص٢٠٢. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. الذخيرة. تحقيق الأستاذ محمد بو خُبزه. ط١. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م. ج٩، ص ٣٠٨. الشيرازي. مرجع سابق. ج٣، ٤٨٤ وما بعدها. المرداوي. علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

وقد اشترط الفقهاء لصحة الإقرار في النسب في النوعين السابقين شروطاً لا بد من توفرها لصحة الإقرار وثبوت النسب وهذه الشروط هي[١]:

١- إن يكون المقر بالغاً عاقلاً، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون لعدم الاعتداد بقولهم لأنهم ليسوا من أهل التكليف.

٢- أن يكون المقر له مجهول النسب، فإن كان معروف النسب لم يصح؛ لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره.

٣- أن يمكن صدق المقر، وذلك بأن يكون المقرُّ به يحتمل أن يولد لمثله، فلو أقر من عمره عشرون سنة ببنوة من عمرة أربع عشرة سنة لم يقبل إقراره هذا لكون ذلك غير ممكن ومستحيل عادة.

٤- أن لا يكذب المقرُّ له المقر، إذا كان يعتد بقوله، فإن كذبه فلا يصح الإقرار.

٥- أن لا ينازع المقر بالنسب أحد، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر. فإذا تحققت هذه الشروط صح الإقرار، وثبت النسب.

ثالثاً: البينة: ويراد بها الشهادة، والنسب يثبت لمدعيه بناءً على شهادة العدول بصحة ما ادعاه، والشهادة من الأدلة القاطعة على ثبوت النسب، وقد أجمع الفقهاء

تحقيق أبي عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ = ١٩٩٧م. ج١٢، ١٣٠.

١- ينظر: الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط٢. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م. ج٧، ص٢٢٨ وما بعدها. الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. اعتنى به محمد خليل عيتاني. ط١. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٨هـ= ١٩٩٧م. ج٢، ص٣٣٤ وما بعدها. ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد. المغني. تحقيق د. عبدالله بن عبد المحسن التركي- د. عبدالفتاح محمد الحلو. ط٣. الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م. ج٧، ص٣١٧ وما بعدها.

على مشروعية الشهادة والعمل بموجبها، وأنها وسيلة من وسائل ثبوت فراش النسب[١]. كما أجمع العلماء على أن النسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عدلين[٢]، واختلفوا في إثبات النسب بشهادة رجل وامرأتين فمنهم من أجاز ذلك وجمهورهم منع ذلك[٣].

رابعاً: القيافة: القيافة لغةً تتبع الآثار لمعرفة أصحابها، والقائف هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه[٤].

أما القائف شرعاً: "هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود"[٥].

وعرِّف القائف أيضاً بأنه: "من يُلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم بذلك"[٦].

وقد اختلف الفقهاء في حكم اثبات النسب بالقيافة على قولين:

١- ينظر: داماد افندي، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخ زاده. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر، ومعه المنتقى في شرح الملتقى لمحمد بن علي الحصني. خرَّج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م. ج٢، ص١٦٢. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط٦. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م. ج٢، ص٣٥٦. الشربيني. مرجع سابق. ج٤، ص٥٨٣. المرداوي. مرجع سابق. ج١٢، ص١٤.

٢- ينظر: ابن رشد. مرجع سابق. ج٢، ص٣٥٦.

٣- ينظر: ناصر الإسلام الرامفوري المولوي محمد عمر. البناية في شرح الهداية. ط٢. بيروت: دار الفكر، ١٤١١هـ- ١٩٩٠م. ج٨، ص١٢٧. ابن قدامة. مرجع سابق. ج١٤، ص١٢٧. ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. المحلى. القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، ١٣٥١هـ. ج٩، ص٣٩٩.

٤- ينظر: الجوهري، إسماعيل بن حماد. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق أحمد عبدالغفور عطار. بيروت: دار العلم للملايين. ج٤، ص١٤١٩. باب الفاء، فصل القاف، مادة قوف. ابن منظور. مرجع سابق. ج٩، ص٢٩٣، مادة قوف.

٥- الجرجاني، علي بن محمد بن الشريف. التعريفات. بيروت: مكتبة لبنان. ط١٩٨٥. ص١٧٧.

٦- الشربيني. مرجع سابق. ج٤، ص٦٤٦.

الأول: أنه لا يصح الحكم بالقيافة في إثبات النسب وبه قال الحنفية[١].

الثاني: اعتبار الحكم بالقيافة في إثبات النسب في حالة التنازع والاشتباه وبه قال جمهور الفقهاء[٢].

ومما لا شك فيه أن الراجح هو مذهب الجمهور القاضي باعتبار القيافة طريقاً شرعياً في اثبات النسب يدل عليه ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول اللهﷺ دخل عليها مسروراً، تبرق أسارير وجهه، فقال: "**أَلَم تَرَي أنَّ مُجَزِّز نَظَرَ آنِفاً إلَى زَيد بن حَارِثَةَ وَأسَامَةَ بنِ زَيدٍ، فقال: إنَّ هَذِهِ الأقدَامَ بَعضُهَا مَن بَعضٍ**"[٣].

فالرسولﷺ سرَّ بقول القائف مُجَزِّز؛ وذلك لأن المنافقين كانوا يطعنون في نسب أسامة؛ لأنه كان طويلاً أسود أفنى الأنف، وكان زيد قصيراً بين السواد والبياض أخنس الأنف، وكان طعنهم يغيظ الرسولﷺ لأنهما كان حبيباه[٤].

خامساً: القرعة: وهي أضعف طرق إثبات النسب الشرعي، ولذلك لم يقل بها جمهور الفقهاء وإنما قال بها بعضهم فاعتبروها طريقة من طرق إثبات النسب وهو ما ذهب إليه بعض المالكية، والشافعي في القديم، وأحمد في رواية، والظاهرية حيث قالوا بالقرعة في إثبات النسب عند تعارض البينتين فتستعمل القرعة لإثبات أحقية أحد المتنازعين عند تعارض البينات[٥].

١- ينظر: السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل. المبسوط. بيروت: دار المعرفة. ج١٧، ص٧٠.

٢- ينظر: ابن رشد. مرجع سابق. ج٢، ص٣٥٩. الشربيني. مرجع سابق. ج٤، ص٦٤٦وما بعدها. ابن قدامة. مرجع سابق. ج٨، ص٣٧١.

٣- البخاري. مرجع سابق. كتاب الفرائض، باب القائف. ح(٦٦٧٠)، ص١٢٩١. مسلم. مرجع سابق. كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف والولد. ح(١٤٥٩)، ص٥٨١.

٤- ينظر: الشربيني. مرجع سابق.ج٤، ص٦٤٦- ٦٤٧.

٥- ينظر: ابن رشد. مرجع سابق. ج٢، ص٣٦٠. الشيرازي. مرجع سابق. ج٢، ص٣١٨. ابن قدامة. مرجع سابق. ج٨، ص٣٨٣. ابن حزم. مرجع سابق. ج١٠، ص١٥٠.

واستدل القائلون بالقرعة في إثبات النسب بما روي عن زيد بن أرقمﷺ قال: كنت جالساً عند النبيﷺ، فجاء رجل من اليمن، فقال: إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا علياً يختصمون إليه في ولد، وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد، فقال لاثنين منهما: طيبا بالولد[١] لهذا، فغليا[٢]، ثم قال لاثنين: طيبا بالولد لهذا، فغليا، ثم قال لاثنين: طيبا بالولد لهذا، فغليا، فقال: أنتم شركاء متشاكسون، إني مقرعٌ بينكم فمن قرَع فله الولد، وعليه لصاحبيه ثلثا الدية، فأقرع بينهم، فجعله لمن قَرَع فضحك رسول اللهﷺ حتى بدَت أضراسُه أو نواجذُه"[٣].

وقد علَّق ابن حزم على هذا الحديث بقوله أن الرسولﷺ لا يضحك دون أن ينكر ما يرى ويسمع ما لا يجوز البتة إلا أن يكون سروراً به، والرسولﷺ لا يسر إلا بالحق، ولا يجوز أن يسمع باطلاً فيقره، وهذا خبر مستقيم السند نقلته كلهم ثقات، والحجة به قائمة ولا يصح مخالفته البتة[٤].

ولا يصار إلى الحكم بالقرعة واللجوء إليها إلا عند تعذر غيرها من طرق إثبات النسب من فراش، أو بينة، أو قيافة، أو في حالة تساوي البينتين، أو تعارض قول القافة فيصار إلى القرعة حفاظاً على النسب من الضياع، وحسماً للخصومة والنزاع، فالحكم

١- طيبا بالولد: "من طابت نفسه بالشيء، إذا سمحت به من غير كراهة ولا غضب". العظيم آبادي، للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق. عون المعبود شرح سنن أبي داود. مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية. ضبط وتحقيق عبدالرحمن محمد عثمان. ط٢. المدينة المنورة: الناشر محمد عبدالمحسن صاحب المكتبة السلفية، ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م. ج٦، ص٣٥٩.

٢- فغليا: "من غلت القدر أي صاحا" العظيم آبادي. مرجع سابق. ج٦، ص٣٥٩.

٣- أبو داود. مرجع سابق. كتاب الطلاق، باب من قال بالقُرعَة إذا تنازعوا في الولد. ح(٢٢٦٩). ج٢، ص٤٨٥- ٤٨٦. النسائي. مرجع سابق. كتاب الطلاق، باب القُرعةُ إذا تنازعوا في الولد. ح(٥٦٥٢)، ج٥، ص٢٨٩.

٤- ينظر: ابن حزم. مرجع سابق. ج١٠، ص ١٥٠.

بها هي غاية ما يقدر عليه، وهي أولى من ضياع نسب المولود؛ لما يترتب عليه من مساوئ ومفاسد كثيرة[١].

هذا استعراض بسيط لطرق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية وهو لا بد منه قبل التكلم عن حجية البصمة الوراثية بكونها طريقة علمية حديثة لإثبات النسب.

الفرع الثاني: حجية البصمة الوراثية

ذكرنا فيما تقدم طرق إثبات النسب في الشريعة الإسلامية وأقوال العلماء فيها، وبما إن البصمة الوراثية من القضايا الحديثة والمكتشفة مؤخراً فإنه لا يوجد للفقهاء القدامى أي كلام فيها، ومع ذلك فإن كثيراً من الفقهاء المعاصرين تناولوا هذه الحادثة بالبحث والتفصيل، فبينوا أن إثبات النسب بالبصمة الوراثية هو إثبات له بالشبه فكما أن القيافة هو علم من العلوم يقوم على معرفة الشبه بين الولد والوالدين على أساس الصفات الظاهرة أو الباطنة فكذلك البصمة الوراثية فإنها تقوم بمعرفة الشبه بين الولد والوالدين عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي (DNA) سيما وأنه ثبت علمياً أن الحامض النووي متطابق تماماً في كل خلايا الجسم، وثبت أيضاً أن هذا الحامض يحتوي ستة وأربعين كروموسوما نصفها من الأب ونصفها من الأم، وبناءً على ذلك يمكن القول بأن البصمة الوراثية هي نوع من القيافة وإن تميزت عليها بنتائجها الدقيقة لدرجة اليقين وبالبحث في خفايا وأسرار النمط الوراثي للحامض النووي[٢].

والبصمة الوراثية هو دليل لإثبات النسب يأتي بعد الفراش الذي هو العلاقة الزوجية، والشهادة والإقرار، فإذا وجدت هذه الأدلة أو بعضها فلا يجوز اللجوء للبصمة الوراثية إلا عند التنازع؛ لأنه في حال التنازع يُحتكم إلى القيافة لحل هذا النزاع،

١- ينظر: السبيل. مرجع سابق. ص٥٠.

٢- ينظر: واصل، د. نصر فريد. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي. السنة الخامسة عشرة، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م، العدد (١٧)، ص٧٨.

والبصمة الوراثية كما تقدم هي في حكم القيافة أو أولى[١]، فالبينة وهي الشهادة والإقرار تخبر عن سماع أو مشاهدة، والقافة تخبر عن اجتهاد، فكانت البينة مقدمة على القافة، فلا يلجأ إليها إلا إذا فقدت البينة[٢]، والبصمة الوراثية في الوقت الحاضر دليل أكثر دقة وموضوعية من القيافة فلا بد أن يكون مقدماً عليها، لهذا نجد أن الفقهاء المعاصرون ذهبوا إلى اعتبار البصمة الوراثية طريقاً من طرق إثبات النسب من حيث الجملة، وإنما كان اختلافهم في بعض المسائل الفرعية، وفي هذا السياق جاء قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي القاضي بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب حيث جاء في هذا القرار[٣]:

"خامساً: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم ، أو وجود جثث لم يمكن التعرف عليها وعلى هويتها ، أو بقصد

١- ينظر: الهلالي. مرجع سابق. ص٨٢. القره داغي، د. علي محيي الدين. البصمة الوراثية من منظور إسلامي. بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي. السنة الرابعة عشرة، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م. العدد (١٦)، ص٥١.

٢- ينظر: الشيرازي. مرجع سابق. ج٢، ص٣١٧.

٣- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة. قرارات الدورة السادسة عشرة المنعقدة في الفترة من ٢١- ٢٦ شوال عام ١٤٢٢هـ الموافق ٥- ١٠ يناير عام ٢٠٠٢م. القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص٣٤٤- ٣٤٥.

التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين".

كان قرار المجمع الفقهي هذا قرار صريح بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب لما لها من أهمية في الوقت الحاضر بسبب دقة النتائج التي يُتوصل إليها من خلال التعامل بها، ومع هذه الدقة فقد وضع الأطباء والفقهاء ضوابط لا بد من توفرها حتى يتم الأخذ بنتائج البصمة الوراثية وهذه الضوابط هي[١]:

١- أن تكون مختبرات الفحص للبصمة الوراثية تابعة للدولة، أو تشرف عليها الدولة بصورة مباشرة مع توفر جميع الضوابط العلمية والمعملية المعتبرة في هذا المجال محلياً ودولياً.

٢- إن يكون جميع العاملين في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية والمساندين لهم في الأعمال المخبرية ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة في القائف، إضافةً إلى معرفته وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبر.

٣- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية ابتداءً من نقل العينات إلى ظهور النتائج حرصاً على سلامة تلك العينات، وضماناً لصحة النتائج مع حفظ تلك الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

٤- عمل التحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية بطرق متعددة، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية؛ ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان.

يتبين لنا مما تقدم أن البصمة الوراثية حجة في إثبات النسب فهي تأتي بعد الطرق الشرعية المتفق عليها في إثبات النسب وهي الفراش والشهادة والإقرار، لكون هذه الطرق تدل على السماع والمشاهدة وهي أقوى من الناحية الشرعية من البصمة الوراثية ومقدمةٌ عليها، فإن عدمت تلك الطرق أو بعضها يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب والتي هي بلا شك أقوى في الدلالة، وأدق في النتائج من

١- ينظر: السبيل. مرجع سابق. ص٦٥.

القيافة التي كانوا يلجأون إليها عند فقد تلك الطرق المتفق عليها في إثبات النسب، أو فقد بعضها والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني

وسائل إثبات النسب في القانون وحجية إثبات النسب في البصمة الوراثية

نظم المشرِّع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وسائل إثبات النسب بنصوص واضحة وصريحة وذلك بموجب المادة(٥١) منه والتي نصت على: "ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين:

١- أن يمضي على عقد الزواج أقل من مدة الحمل.

٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً".

إن ما ورد في المادة(٥١) من قانون الأحوال الشخصية هي الأصل العام لإثبات النسب، وبعد التطور العلمي المذهل في مجال الهندسة الوراثية تم الاعتماد على البصمة الوراثية (DNA) في اثبات النسب مما ثار خلاف فقهي وقانوني حول مدى حجية الإثبات بالبصمة الوراثية كما كان للقضاء دوره البارز في استظهار حجية الإثبات بالبصمة الوراثية.

عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص المطلب الأول لوسائل إثبات النسب في القانون، ونخصص المطلب الثاني لحجية إثبات النسب بالبصمة الوراثية.

المطلب الأول: وسائل إثبات النسب في القانون

حددت المادة(٥١) من قانون الأحوال الخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حالتين لإثبات نسب ولد كل زوجة إلى زوجها وهما:

الحالة الأولى: أن يمضي على الزواج أقل مدة الحمل.

الحالة الثانية: أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً.

عليه سنتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الأول لتحديد مدة الحمل، ونخصص الفرع الثاني لإمكانية التلاقي بين الزوجين.

الفرع الأول: مدة الحمل

هي الفترة الزمنية التي يكون فيها الجنين في بطن أمه إلى أن يخرج منها مولوداً، وهذه المدة حدٌ أدنى لها لا يمكن عادةً أن يتكون الجنين ويولد حيًّا في أقل منه، ولها حد أقصى لا يمكن للجنين أن يمكث في بطن أمه أكثر منه، ولها حدٌّ غالبٌ على أكثر النساء [١].

ويُبنى على ما تقدم أَنَّهُ لابد من معرفة أقل مدة للحمل، وأقصى مدة للحمل، وكذلك غالب مدة الحمل وهي الأهم لأن **(العبرة للغالبِ الشائعِ لا للنادر)**[٢].

أولاً: أقل مدة الحمل

أتفق الفقهاء على أنَّ أقل مدة للحمل: ستة أشهر استدلالاً بقوله تعالى:﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ (الأحقاف: ١٥). وقال تعالى:﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ (لقمان: ١٤). حيث حددت الآية الأولى مدة الحمل والفطام بثلاثين شهراً، وحددت الآية الثانية مدة الفطام وحده بأربعة وعشرين شهراً فبقى من المدة الواردة في الآية الأولى ستة اشهر وهي أدنى مدةٍ للحمل.

١- ينظر: الكبيسي، د. أحمد. الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء، ج١، الزواج والطلاق. بغداد: المكتبة القانونية. ص٣١٢.

٢- ينظر: الزرقا، د. أحمد بن محمد. شرح القواعد الفقهية. ط٢. دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م. ص١٣٣.

وروي أنَّ رجلاً تزوج امرأة فجاءته بولد لستة أشهر من وقت الدخول بها، فرفع الأمر إلى عثمان بن عفان(ﷺ) فَهَمَّ أنْ يرجمها فقال ابن عباس(ﷺ): أما أنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم قال تعالى:﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ ﴾فإذا ذهب الفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر، فأخذ عثمان برأيه ودرأ عنها الحد، واثبت النسب من الزواج[1].

وفي رواية أخرى أنَّه رُفِعَتْ إلى عمر امرأة ولدت لستة اشهر فاراد عمر(ﷺ) أن يرجمها، فجاءت أختها إلى عَلِيّ(ﷺ) فقالت إنَّ عمر هَمَّ برجم أختي، فأنشدك بالله إن كنت تعلَمْ أنّ لها عذراً فاجرني فقال عَليّ **:(إنَّ لها عذراً)** فكبَّرت تكبيرة سمعها من عنده، فانطلقت إلى عمر فقالت: إن عَليّاً زَعَمَ أنَّ لأختي عذراً فارسل عمر إلى عَليّ: ما عذرها؟ قال: إنَّ الله يقول﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ ﴾وقال في آية أخرى﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ ﴾ فالحمل ستة أشهر والفصال أربعة وعشرين شهراً، فخلّى عمر سبيلها[2].

ثانياً: أقصى مدة للحمل

لم يتعرض القرآن الكريم لأقصى مدة الحمل، ولم يثبت في ذلك شيء من السنة الصحيحة المتفق عليها بين الفقهاء، ولعل ذلك هو سبب اختلافهم الشديد في هذه المسألة على النحو الآتي:

١- ذهب الشافعية والمالكية – في المشهور من مذهبهم – إلى أنَّ أقصى مدة للحمل أربع سنين استناداً إلى أخبار بعض النسوة التي يروى أنهن حملن في مثل هذه المدة، ومن ذلك يروى من أنَّ عبد العزيز الماجشون – أحد أعلام المالكية– ولدته

١- ينظر: السرخسي. مرجع سابق.ج٦. ص٤٤.

٢- ينظر: العبد المنعم، عبد الله بن سليمان بن علي. قضاء علي بن أبي طالب وأثره في التشريع الجنائي الإسلامي. ط١. الرياض مكتبة الرشد ناشرون، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م. ص٨٩.

أمه لأربع سنين وان جارةً للأمام مالك(ﷺ) أخبرته بأنها حملت ثلاث أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن اربع سنين[١].

٢- ذهب الحنفية إلى أنَّ أقصى مدة الحمل سنتان، استدلالاً بقول السيدة عائشة (رضي الله عنها): (لا تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل).

٣- ذهب الجعفرية إلى أنَّ أقصى مدة الحمل عشرة أشهر، وقال بعضهم سنة كاملة، والتقدير الأول هو المعتمد عندهم[٢].

٤- وقال ابن حزم: إن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، ونسبه إلى عمر بن الخطاب(ﷺ)[٣].

وقد نشرت مجلة الطليعة الكويتية نقلاً عن صحيفة لندنية: أن امرأة إنكليزية تدعى(إليزابيث) ولدت طفلاً في عام ١٩٧٤ بعد أن بقي الطفل في بطنها أربعة عشر شهراً، وبذلك يظل رفض تحديد مدة الحمل بسنه كما هو في بعض القوانين[٤].

ثالثاً: أغلب مدة الحمل.

جرت العادة على أنَّ أغلب مدة الحمل تسعة أشهر، وهو ما تدل عليه الاستقراءات والمشاهدة.

ومن التطبيقات القضائية ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها إلى:

١- ينظر: ابن الهمام الحنفي، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد. شرح فتح القدير. ط٢. بيروت: دار الفكر. ج٣، ص٣١.

٢- ينظر: الحلي، الشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن. المختصر النافع في فقه الأمامية. مصر: مطابع دار الكتاب العربي. ص٣١٦.

٣- ينظر: ابن حزم. مرجع سابق. ج١٠، ص٣١٦.

٤- ينظر: الكبيسي. مرجع سابق. ص٣١٤.

"... وجد ان القرار المميز صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون وذلك لثبوت واقعة الزواج الخارجي بين الطرفين على وفق ما جاء بإقرار المدعى عليه، وكذلك ثبوت نسب الطفلة(م) لوالديها المتداعيين بالأدلة الطبية العلمية وحسب التقرير الطبي العدلي المتضمن نتائج فحوصات الدم والبصمة الوراثية(م) مع نتائج فحوصات فصائل الدم والبصمة الوراثية للمتداعيين، وان ما يتمسك به المدعى عليه بنفي نسب الطفلة(م) عنه كون مدة حملها ووضعها ثمانية أشهر وأربعة أيام، مردود عليه ولا سبيل للركون إليه في الشرع وذلك لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ (الأحقاف: ١٥)، وقوله تعالى في سورة لقمان الآية (١٤): ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ وهنا يراد الإشارة إلى أقل مدة الحمل من حيث ثبوت الآثار الشرعية بعد طرح مدة الرضاعة التامة ينتج أقل مدة الحمل هي ستة أشهر يعني أن مدة الحمل إلى الفصال ثلاثين شهراً إنما هو لتطابق مختلف مدة الحمل إذ قد يكون الحمل ستة أشهر أو سبعة أو ثمانية أو تسعة فإذا ولدت المرأة بعد ستة أشهر من دخول الزوج بها فإنه لا يجوز اتهامها بعفتها ولا يجوز نفي النسب عنها وإنما يثبت بمدة الحمل هذا النسب وكافة الآثار الشرعية الأخرى"[١].

الفرع الثاني: إمكانية التلاقي بين الزوجين

الشرط الثاني لإثبات النسب الذي جاءت به الفقرة(٢) من المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي هو (أنَّ يكون التلاقي بين الزوجين) أي أن لا يكون هناك مانع يحول دون استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وممارسة حياتهم الزوجية عن طريق المعاشرة الجنسية وإشباع تلك الرغبات ولغرض انجاب الأولاد.

إنَّ المقصود بأن يكون التلاقي ممكناً بين الزوجين يعني ضرورة دخول الزوج بزوجته دخولاً حقيقياً، أي استيفاء الزوج حقه من الزوجة بوطئها وتمتع كل واحد منهما بالآخر على الوجه الشرعي، وقد عبر القرآن الكريم عن الخلوة الشرعية بلفظ (الإفضاء)

١- القرار ٧٥٦٩/ الأحوال الشخصية والمواد المدنية/ ٢٠١٣ في ٦/ ١١/ ٢٠١٣ القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد الثاني/ السنة السادسة/ ٢٠١٤م. ص٢٠٣.

قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾﴾.

(النساء: ٢٠-٢١) والخلوة الصحيحة يعبر عنها بـ(**الدخول الحكمي**) وهي أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما، وليس هناك مانع حسي أو طبيعي أو شرعي يمنع من الدخول الحقيقي، بأن لا يكون هناك شخص ثالث، وليس أحدهما مريضاً بمرض يمنع من الاتصال الجنسي، وليس أحد الزوجين صائماً مثلاً. فإن تمت الخلوة الصحيحة بين الزوجين، وليس بينهما واحد من هذه الموانع كان لها حكم الدخول الحقيقي. ففي الحديث: "**مَن كَشَفَ خِمارَ امرأةٍ ونظر إليها، وجَبَ الصّداق، دخَل بها أو لم يدخُل**"[١].

والملاحظ أنَّ المشرِّع العراقي سكت في حالة (الخلوة الحكمية) في المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على الرغم من نصَّه على الدخول الحقيقي أو موت الزوج ، وعدّهما من أسباب استحقاق المرأة المهر حيث نصت المادة المذكورة على: (تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول، أو بموت أحد الزوجين، وتستحق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول).

لذا يمكن تلافي هذا النقص التشريعي الخاص بالدخول الحكمي من خلال الرجوع إلى طرق تفسير النصوص وتحديد نص الفقرة(٢) من المادة(١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على:

١- الدارَّاقطني، علي بن عمر. سنن الدارَّقطني. حققه وضبط نصّه وعلَّق عليه شعيب الأرنؤوط- حسن عبدالمنعم شلبي- هيثم عبدالغفور. ط١. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م. كتاب النكاح، باب العِنِّين.ح(٣٨٢٤). ج٤، ص٤٧٣. الألباني، محمد ناصر الدين. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. ط١. بيروت- دمشق: المكتب الإسلامي،١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م. كتاب الصَّداق، فصل فيما يسقط الصّداق وينصفه ويقرره. ح(١٩٣٦).ج٦، ص٣٥٦.

(إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيُعمل بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) وهذا النص صريح بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، باعتبار أن الشريعة الإسلامية أحد المصادر الأساسية لقانون الأحوال الشخصية ويمكن بهذه الحالة تلافي القصور التشريعي ومعالجة[١]. وقد أخذ القضاء العراقي بالخلوة الشرعية في بعض قراراته[٢].

وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها:

"... لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً،، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون لأن التحقيقات التي أجرتها المحكمة ومنها إقرار المدعى عليه المميز بعقد الزواج الحاصل بينه وبين زوجته المدعية بالتاريخ والمهر المثبت فيه وعدم الدخول وكذلك الطلاق الواقع بينهما بتاريخ ١٠/ ٥/ ٢٠١٣ وحيث انه إذا أقر أحد لامرأة انها زوجته ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني وصدقته ثبتت زوجيتها له بإقراره (المادة ١١/ ١) من قانون الأحوال الشخصية النافذ لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٧/ شوال/ ١٤٣٤هـ الموافق ٢٥/ ٨/ ٢٠١٣م"[٣].

١- ينظر: العبيدي، القاضي عواد حسين ياسين. اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريع أسسه وتقييمه. بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء مجلة فصلية. بغداد السنة الثالثة. العدد الثاني (نيسان، أيار، حزيران)، ٢٠١١، ص٨٧.

٢- ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في إصدار قراراتها إلى مبدأ مفاده (تحقيق الخلوة الشرعية) يوجب المهر المؤجل للزوجة المطلقة) القرار ٧٩٣١/ش/٢٠١١ في ٢٠١١/٧/١٠م أشار إليه الأسدي، مؤيد حميد. الوجيز الميسر في شرح قانون الأحوال الشخصية. بغداد: مكتبة الصباح، ٢٠١١. ص٤٧٦.

٣- القرار ٧٠٥٤/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٣ في ٢٥/ ٨/ ٢٠١٣ القرار غير منشور.

المطلب الثاني: حجية إثبات النسب بالبصمة الوراثية في القانون والقضاء

تدخل البصمة الوراثية في باب القرائن في الإثبات لعدم النص عليها صراحة في القانون، ولعدم وجود تنظيم قانوني خاص لها في القانون الوضعي، فضلاً عن أن البصمة الوراثية هي من وسائل الإثبات المستحدثة التي ظهرت إلى الوجود بعد جهود مضنية من البحوث والتجارب للباحثين ولا سيما العالمان (جيمس واتسون، وفرانسيس كريك) في عام ١٩٥٣ حيث تكللت بحوثهما في اكتشاف التركيب الخاص بالحمض النووي (DNA) والتعرف على المكون الأساسي له وبيان أثره في الكائنات الحية[١]، ولم يقتصر أثر البصمة الوراثية على الإنسان وإنما تعداه إلى النبات[٢].

و"إذا كان الفقه المظهر العلمي للقانون فالقضاء المظهر العملي فإذا تجرد القانون من مظهريه العلمي والعملي فلا يبقى منه شيء كثير"[٣]، ومن هنا تظهر أهمية بحث حجية الإثبات بالبصمة الوراثية في القانون والقضاء.

عليه سنتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الأول لحجية الإثبات بالبصمة الوراثية في القانون، ونخصص الفرع الثاني لحجية الإثبات بالبصمة الوراثية في القضاء.

الفرع الأول: حجية الإثبات بالبصمة الوراثية في القانون

على الرغم من أن اكتشاف البصمة الوراثية ظهر في ١٩٨٥ بعدما أسفرت نتائج

١- ينظر: دانييل كيفلس- ليروى هود. الشفرة الوراثية للإنسان، القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجيونم البشري، ترجمة أحمد مستجير. الكويت: سلسلة عالم المعرفة، ١٩٩٧م. ص٥٠.

٢- ينظر: البهجي، د. عصام أحمد. الحماية من أضرار الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية. الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠١٥م. ص٦٧.

٣- السنهوري، د. عبدالرزاق- أبو ستيت، د. أحمد حشمت. أصول القانون. مطبعة لجنة التأليف والنشر، ١٩٣٨م. ص٨٦.

العديد من الأبحاث والتجارب العلمية من نوع جديد من المميزات التي تميز الإنسان عن غيره، إضافة للبصمات التقليدية للأيدي والأرجل، وهي البصمة الوراثية وقد أعيد فتح العديد من الملفات التي سجلت ضد مجهول، حيث تم كشفها عن طريق هذه البصمة الوراثية في بريطانيا والولايات المتحدة، ولم تحظ البصمة الوراثية بأهميتها إلا بعد أن أثبتت الأبحاث والتجارب أنها تتمتع بمجموعة من الخصائص العلمية التي تجعلها دليلاً حاسماً إذا ما قورنت بغيره من الأدلة العلمية الأخرى، ولعل أهم هذه الخصائص:

١- عدم تماثلها بين شخصين باستثناء التوائم المتماثلة من جنس واحد.

٢- تطابقها ووجودها في جميع خلايا الجسم، باستثناء كريات الدم الأحمر حيث لا تعد مصدراً لهذه البصمة.

٣- سهولة الحصول عليها من خلال تنوع مصادرها، إذ يمكن الحصول على هذه البصمة عن طريق الدم، اللعاب، المني، البول، المخاط، إفرازات العرق، الشعر، أنسجة الجلد، اللحم، العظم، أثار الشفاه على المواد المستخدمة في الطعام والشراب، آثار أعقاب السكاير، فرشاة الإسنان والشعر وغير ذلك.

٤- ثباتها طوال مدة حياة الإنسان بل وبقاؤها إلى ما بعد وفاته لسنوات طويلة، لهذا يتم الوصول من خلالها إلى هوية العديد من المجنى عليهم والضحايا.

٥- سهولة حفظها وتخزينها، إذ يمكن الاحتفاظ بهذه البصمات إلى عشرات السنين، إذا ما تم ذلك الاحتفاظ بطريقة علمية صحيحة، ولهذا فقد تعالت العديد من النداءات في الولايات المتحدة لإنشاء **(بنك وطني للمعلومات الوراثية)**[١].

إن المادة الجينية (D.N.A) التي تحتوي على المعلومات الوراثية تتحكم بانقسام الخلية وتمارس سيطرتها، وتحديد خواص الخلية من خلال توجيه السيطرة على كافة

١- ينظر: الحسيني، د. عمار عباس الحسيني، التحقيق الجنائي. ط٢. النجف الأشرف. ص٤٠١-٤٠٢.

الفعاليات الحيوية بالخلفية بتحكمها بتكوين الخمائر التي بدورها تسيطر على التفاعلات الكيمياوية[١].

مادة (D.N.A) هو حمض نووي يوجد في نوى الخلايا، يدخل في تركيبة حمض الفسفوريك والريبوز المنقوص الأوكسجين وقواعد نتروجينيه يؤدي دورانها إلى نقل الخواص الوراثية(المورثات)[٢] في الجسم[٣].

حيث إن المادة الوراثية للطفل تتكون من الأبوين مناصفة فالعدد الصبغي والكروسومات الموجودة في كل خلية في الطفل هي ستة وأربعون ثلاثة وعشرون متوارثة من نطفة الأب وثلاثة وعشرون من بويضة الأم[٤].

وبمقارنة (DNA) للطفل مع الأبوين المزعومين فإذا كان أحد الأبوين المزعومين أباً لهذا الطفل فإن نصف (DNA) للطفل سيتطابق مع (DNA) للأب

١- ينظر: عبدالفتاح. مرجع سابق. ص ٩٤.

٢- أن معرفة العرب بالصفات الوراثية إنما هي بالفطرة ومن الأمثلة على ذلك القصة اللطيفة التي أوردها الجاحظ في كتابه البيان والتبين، يقول الجاحظ : ((ولبُغَض البنات هجر أبو حمزة الصبيُّ خَيْمةَ امرأتِه، وكان يَقيلُ ويَبيتُ عند جيرانٍ له، حين ولدت امرأته بنتاً، فمرّ يوماً بخبائها واذا هي ترَقّصُها وتقول:

ما لأبي حمزة لا يأتينا غَضْبانَ ألا نلد البنينا
وإنّما نأخُذُ ما أعطينا يْطلُّ في البيت الذي يلينا
تاللهِ ما ذلك في أيدينا ونحن كالأرض لزارعينا
نُبت ما زرَعُوه فينا .

ينظر: الجاحظ، أبو عثمان عمر بن بحر. البيان والتبين.، تحقيق المحامي فوزي عطوي. ط١. بيروت: دار صعب، ١٩٦٨. ج١، ص٨٥.

٣- ينظر: بدوي، شريف فهمي. معجم مصطلحات البيولوجيا. ط بيروت: دار الكتاب اللبناني. القاهرة: دار الكتاب المصري، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠. ص١٠٥.

٤- ينظر: الخلف، د. موسى. العصر الجينومي. الكويت: سلسة عالم المعرفة العدد(٢٩٤) سنة ٢٠٠٣م. ص١٣٣.

وبهذا يتم إثبات النسب وبوجه دقيق وبلا أدنى شك وعندما يتفق نصفDNA للطفل مع DNA للأم فإنها تصبح أماً لهذا الطفل، أما عندما يختلف DNA للطفل مع DNA للأبوين فإنهم بالقطع ليسوا أباء لهذا الطفل وبهذا يمكن نفي نسب الطفل لهذين الأبوين.

وعلى هذا وبإيجاز شديد يتعلق الأمر بمسائل علمية بحتة وواضحة حيث أن تطابق نصف المادة الوراثية للطفل مع أحد الأبوين يقطع ببنوة الطفل ونسبته إلى هذا الأب، وعندما لا تتطابق المادة أو الشفرة الوراثية للطفل مع أحد الأبوين فلا يمكن نسبته إليه على وجه الإطلاق وهكذا أصبح الأمر علمياً بحتاً ولا يقبل الطعن فيه وطريقة صحيحة لا يحتمل معها الوقوع في الخطأ لإثبات الأبوة والبنوة[١].

الجدير بالذكر أن المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ لم يتطرق صراحةً إلى الإثبات بالبصمة الوراثية وإنما عدّ الاستعانة بالوسائل العلمية في الإثبات من قبيل القرائن القضائية ومصداق ذلك ما جاء في المادة (١٠٤) من قانون الإثبات التي نصت على: "للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية"

ولغرض إعطاء فكرة عن القرينة القضائية لابد من تعريف القرينة في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني، وأركانها، وأقسام القرينة من حيث قوتها في الإثبات، وهذا ما سنتناوله في الفقرات الآتية:

أولاً: تعريف القرينة في اللغة

القرينة: فعيلة بمعنى مفعولة (أي مقرونة) من الاقتران، والقرينةُ: النفسُ، والزوجةُ، والقرينُ: المقارنُ والمُصاحبُ والزوج والبعير المقرون بآخر، وقَرَنْتُ الشيء

١- ينظر: الزحيلي، د. وهبة. البصمة الوراثية ودورها في الإثبات. بحث مقدم لمؤتمر الشريعة والقانون بالإمارات العربية. المجلد الثاني. ص٥١٤.

بالشيء وَصَلْتُهُ وقال الشريف الجرجاني: "القرينةُ في اللغة : فعيلة، بمعنى الفاعلة مأخوذٌ من المقارنة" [١].

القرينة من الاقتران، والقرينة المصاحبة، والقرينة والقرين النفس هي الأمر الدال على الشيء من غير الاستعمال فيه، بل بمجرد المقارنة والمصاحبة أو هي يشير إلى المقصود[٢].

ثانياً: القرينة اصطلاحاً

هي أمرٌ يشرُ إلى المطلوب[٣]. أو هي الأمارة التي تدلنا على الأمر المجهول استنباطاً واستخلاصاً من الأمارة المصاحبة أو المقارنة لذلك الأمر الخفي المجهول[٤].

ثالثاً: القرينة القضائية

عرَّفت الفقرة الأولى من المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي القرينة القضائية بأنها: (استنباط القاضي أمر غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة).

رابعاً: أركان القرينة وشروطها

القرينة التي تصلح لاستخلاص الوقائع منها والاستفادة منها في الإثبات لها ركن مادي، وهو وجود الدلالة على الوقائع ولو احتمالاً؛ لأن الاحتمال هو أدنى مما يطلب لوجود القرينة. ويشترط في تحديد القرينة التي يجوز الاعتماد عليها أمور منها:

الأمر الأول:

١- الجرجاني. مرجع سابق. ص١٨٢.

٢- ينظر: ابن منظور. مرجع سابق. ج١٣. ص٣٣٦. مادة قرن. والمعجم الوسيط. مرجع سابق. ص٧٣٠-٧٣١. مادة قرن.

٣- الجرجاني. مرجع سابق. ص١٨٢.

٤- ينظر: الفائز، إبراهيم محمد. الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي. ط٢. بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٨٣، ص٩٣.

أنَّ توجد صلة بين الظاهرة الثابت وبين عملية الاستنباط والاستنتاج الذي يقوم بها القاضي، باستخراج المعاني من النصوص والوقائع والتأمل، والتفكير الناشئ عن فرط الذهن، وقوة القريحة. وعلى سبيل المثال تصلح السوابق في سجل المتهم لتعريز الأدلة التي تتوفر عند المحكمة.

الأمر الثاني:

ويشترط للعمل بالقرينة أن لا يعارض القرينة دليل أو قرينة أُخرى؛ لأنها حينئذ لا تصلح أن تكون وسيلة الإثبات، ومثاله قرينة الدم على قميص يوسف للدلالة على أكل الذئب عارضتها قرينة أُخرى أقوى، وهي إن القميص لم يمزق وهذا دليل على عدم قتل الذئب له، وهو دليل على كذب أخوة يوسف[١].

خامساً: تقسيم القرائن من حيث القوة في الإثبات

تقسم القرائن باعتبار قوتها في الإثبات وضعفها بين الأمر الظاهر والعلة التي تؤخذ منها إلى قسمين؛ لأن دلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوة والضعف تفاوتا كبيراً، فهناك قرائن لا يمكن إثبات عكسها لقوتها، وهناك قرائن ضعيفة يمكن إثبات عكسها، ولذلك كانت القرينة من حيث القوة والضعف قسمين، وسواء أكانت القرائن في القضايا القانونية أم في الشريعة الإسلامية.

القسم الأول: القرائن القاطعة

القرائن القوية التي تصل من القوة إلى درجة القطع، وتكون القرينة قاطعة وبالغة حد اليقين، كالبصمة للدلالة على الشخص وفحص الـ (D.N.A) وسلامة قميص يوسف دلالة على براءة الذئب، ووجود المتهم إلى جانب الجثة وهو ملوث بالدم، وبيده أداة الجريمة دليل على ارتكاب جريمة القتل.

١- ينظر: عثمان، محمد رأفت. النظام القضائي في الفقه الإسلامي. ط٢. القاهرة: دار البيان، ١٩٩٤، ص٤٧٥.

القسم الثاني: القرائن البسيطة غير القاطعة

القرائن الضعيفة تنزل دلالتها إلى مجرد الوهم[١]، ومثال ذلك بكاء المدعي ليس دليلاً على أنه مظلوم فقد يكون هو الظالم، لاحتمال كونه يتصنع البكاء، قال الشعبي: شهدت شريحاً وجاءته امرأته تخاصم رجلاً، فأخذت تبكي فقلت يا أبا أمية ما أظنها إلا مظلومة فقال : يا شعبي إن أخوة يوسف: ﴿ وَجَآءُوٓ أَبَاهُمۡ عِشَآءٗ يَبۡكُونَ ﴾ (يوسف: ١٦).

نخلص مما تقدم إن إثبات النسب بالبصمة الوراثية يعد من القرائن وهي تكون على درجة عالية من الدقة إذا ما توفرت الوسائل الكفيلة لإجرائها من خلال الركون إلى الوسائل العلمية الحديثة وأهل الخبرة والاختصاص.

الفرع الثاني: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب قضاءً

يمكن التعرف على حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب من خلال استقراء أحكام محكمة التمييز الاتحادية، فقد ذهبت في قرار لها إلى إنه بالإمكان الاستفادة من التطور العلمي الحاصل في مجال الطب ومنها إجراء فحص تطابق الأنسجة DNA لغرض تحديد والد الطفل؛ لأن ذلك لا يتناقض مع الشرع والقانون وقد جاء في القرار:

"لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيأة العامة في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الطعن مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون وإن جاء اتباعاً لقرار هذه المحكمة بتاريخ ٣١/ ٨/ ٢٠٠٩ وبعدد ٤١٣/ هيأة عامة/ ٢٠٠٩ ذلك لأن الثابت في الدعوى بأن المميزين(م. ط. ي) و(أ. م. أ) ادعيا لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل بأن الطفل (م. ذ. أ) تولد ١٩٩٣ هو ابنهما المولود من فراش الزوجية ولم يسجل باسمهما في حينه في سجلات الأحوال المدنية وإنما سجل باسم شقيق المميز المتوفي (ذ. ط. ح) وزجته المميز عليها (هـ. م. م) وعلى ما تقدم فإن والدي الطفل

١- ينظر: ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد. الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية.ط١. تحقيق محمد عيون. مكتبة دار البيان، ١٩٨٩. ص٣٧.

المذكور ما زالا على قيد الحياة وان المميز عليها المذكورة والتي يفترض بها هي أمه ما زالت على قيد الحياة ويترتب على ما تقدم بأن المحكمة ترى أنه بالإمكان الاستفادة من التطور العلمي الحاصل في مجال الطب بهذا الخصوص ومنها آراء فحص تطابق أنسجة و(DNA) لغرض تحديد والدي الطفل المذكور كما أن الاستفادة من الوسائل العلمية في الإثبات لا يتناقض مع الشرع والقانون طالما أنهما يحققان تثبيت واقع حال الحقيقة الشرعية حيث أن ذلك يؤدي إلى تطبيق قوله تعالى: ﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ﴾ (الأحزاب: ٥) وكون الطفل المذكور ليس مجهول النسب ليصار إلى القول بأن شقيق المميز فإن وفاته يحول دون التحقيق من ذلك لان المميزين اللذين يدعيان بأنهما والداه لا زالا على قيد الحياة كما ان الموصول إلى الحقيقة الشرعية والقانونية وبالتالي بناء على الحكم العادل يبرر تصحيح السجلات التي أشرت على غير حقيقتها الشرعية والقانونية كما ان مبدأ استقرار المعاملات وإبقاء ما كان عليه مقترنة بعدم تناقض ذلك مع الشرع والقانون في استخدام وسائل البحث العلمي وعلى ما تقدم قررت هذه الهيئة العدول عن رأيها السابق الصادر بقرارها المؤرخ في ١٣/ ٨/ ٢٠٠٩ وبعدد ٤١٣/ هيأة عامة/ ٢٠٠٩ ونقض الحكم المطعون فيه للنتيجة مع ملاحظة أن المطلوب نفي نسب معاذ تولد ١٩٩٣ وعند صدور هذا القرار يكون قد بلغ سن الرشد وصدر القرار استناداً للمادة ١٣/ أولاً من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالأكثرية في ٢٧ جمادى الثاني/ ١٤٣٢هـ الموافق ٢٩/ ٥/ ٢٠١١م"[١].

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار آخر لها إلى أنه يتوجب على محكمة الموضوع إحضار المدعي عليها جبراً وأرسالها لفحص تطابق الأنسجة ومما جاء في القرار: " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان محكمة الموضوع أجرت مرافعة بحق المدعي عليها غيابياً وصدقت

١- القرار (٥٧٠٦/ الهيئة الشخصية الأولى/٢٠١١ في ٢٣/ ١١/ ٢٠١١ (القرار غير منشور).

الزواج الخارجي وإثبات نسب الابن إليها دون إكمال تحقيقاتها، ولما للقرار الصادر غيابياً من آثار قانونية فكان المقتضى استعمال المحكمة لصلاحيتها القانونية المنصوص عليها في المادتين(١٧،١) من قانون الإثبات المعدل بإحضارها جبراً وإرسال المدعي والمدعي عليها وابنهما المطلوب إثبات نسبه لفحص تطابق الأنسجة أو فحص D.N.A وعلى ضوء النتيجة إصدار الحكم الذي تراه موافقاً للشرع والقانون، لذا قرر نقضه..."[١].

دأبت محكمة التمييز على التأكيد على محاكم الموضوع في قضايا النسب بضرورة إجراء تحقيقات المادة المطلوبة في إجراءات المحكمة تمهيداً للوصول إلى الحكم القانوني السليم وما جاء بأحد قراراتها: "... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون وان اتبعت المحكمة قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة، إلا انها توصلت إلى نتيجة غير صحيحة إذ كان المتعين على محكمة الموضوع أن تستكمل تحقيقاتها اللازمة وصولاً لإصدار الحكم القانوني، إذ كان عليها الاستيضاح من الممثل القانوني لدائرة الأحوال المدنية (بعد إدخال شخصاً ثالثاً) عن مضمون كتاب مديرية الجنسية العامة والإجراءات التي اتخذتها الدائرة حوله وهل أجري التحقيق في حالة التزوير التي وردت في الكتاب من عدمه، كما كان عليها إحالة جميع أطراف الدعوى على معهد الطب العدلي لإجراء فحص الحمض النووي ومدى ثبوت نسب المدعى عليه لمورث المدعين، دون الاعتماد على الفحص المبرز من قبل أطراف الدعوى الجاري خارج العراق وإدخال شقيقة والد المدعي (ج ج د) شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منها حول موضوع الدعوى وتكليف المدعي عليه بإثبات اشهار مورثه للإسلام حيث أن استمارة صورة قيد ٥٧ تشير إلى ديانته مسيحي والأسباب التي حالت دون تأشير ذلك في سجله المدني، كما أن المحكمة لم تتحقق من تاريخ زواج والده المدعي عليه المدعوة (ك أ) (مغربية الجنسية) من زوجها السابق اليهودي (ج ت ه) وطلاقها منه وهل أن هناك تعارض بين الزواج وزواجها من مورث

١- القرار (٥٧٠٦) ، الهيئة الشخصية الأولى /٢٠١١ في ٢٠١١/١١/٢٣ (قرار غير منشور).

المدعى عليه ومفاتحة سفارة جمهورية العراق في لندن حول هذا الموضوع وحيث ان المحكمة أصدرت حكمها المميز خلافاً لما تقدم، تقرر نقضه..."[١]

يتضح مما تقدم ان موقف القضاء العراقي واضح جداً بضرورة الاستفادة من التطور العلمي الحاصل في مجال الطب، ومنها إجراء فحص تطابق الأنسجة DNA لغرض إثبات نسب المولود.

كما أنه يتوجب على محكمة الموضوع (محكمة الأحوال الشخصية)، استخدام السلطات التي منحها إياها قانون الإثبات في المادتين(١، ١٧)[٢] من قانون الإثبات للوصول إلى الحكم القانوني العادل والسليم.

١- القرار ٤٠١/ الهيأة المدنية الثانية/ ٢٠١٣ في ١٦/ ١٢/ ٢٠١٣ القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء العددان الثالث والرابع، السنة السادسة، ٢٠١٣. ص٦٩٨.

٢ - نصت المادة (١) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على: "توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة". ونصت المادة (١٧) من قانون الإثبات على: "أولاً: للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم، اتخاذ أي اجراء من اجراءات الإثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة. ثانياً: للمحكمة ان تعدل عما أمرت به من اجراءات الإثبات بشرط ان تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة".

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث لابد لنا أن ندون في لائحة الخاتمة أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، وهذا ما نتناوله في فقرتين تباعاً:

أولاً: النتائج:

١- إن البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي من الناحية العملية وسيلة لا تخطئ في التحقق من الوالدية، والتحقق من الشخصية.

٢- البصمة الوراثية دليل حديث من أدلة إثبات النسب قاسه الفقهاء المعاصرون على القيافة، فالبصمة الوراثية نوع من القيافة لكنها تميزت بالدقة العالية في نتائجها، لذا فهي تأخذ حكم القيافة التي تأتي بعد دليل الفراش والشهادة والإقرار، عليه يجوز العمل بالقيافة عند عدم وجود أدلة إثبات النسب المتقدمة أو بعضها وفي حالة التنازع، والبصمة الوراثية في حكم القيافة أو هي أولى منها لدقة نتائجها.

٣- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب في حالات التنازع على مجهول النسب، وحالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال، والاشتباه في أطفال الأنابيب، وكذلك في حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو بقصد التحقق من هويات الجثث، وهويات الأسرى والمفقودين في الحروب.

٤- إن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حدد في المادة (١٥) طرق إثبات النسب ولم يذكر من ضمنها البصمة الوراثية.

٥- إن قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في المادة (١٠٤) منه أعطى الحق للقاضي بالاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية، ولم يحدد ماهية تلك الوسائل وإنما ورد النص مطلقاً.

ثانياً: التوصيات:

١- ينبغي للدول الإسلامية إنشاء مركز أبحاث في مجال الهندسة الوراثية، بما يتفق مع تعاليم الشريعة الإسلامية، وتهيئة الكوادر للعمل في هذه المراكز.

٢- الاهتمام بمواضيع الهندسة الوراثية وغيرها وذلك من خلال تشجيع الدراسات والأبحاث فيها من خلال مشاريع الطلبة في الدراسات العليا، والأبحاث العلمية، لما لهذه المواضيع من أهمية في الوقت الحاضر باعتبارها وسائل ذات نتائج دقيقة وعالية في القضايا الجنائية واكتشاف الجرائم، وفي إثبات النسب ونفيه.

٣- العمل على تشكيل لجان من الخبراء من علماء البيولوجيا وعلماء الشريعة الإسلامية لوضع ضوابط العمل في مجال بحوث علوم الأحياء لكي تعتمد من قبل الدول الإسلامية.

٤- ضرورة تدارك القصور الوارد في المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية بإضافة نص صريح بعد البصمة الوراثية والوسائل العلمية الحديثة الأخرى من طرق إثبات النسب.

٥- إعادة صياغة نص المادة (١٠٤) إثبات وعدم عد وسائل التقدم العلمي لاستنباط القرائن القضائية فقط وإنما اعطائها دور أكبر قد تصل إلى مرحلة الدليل الكامل لإثبات النسب.

المصادر

أولاً: الكتب:

١- أحمد، د. أحمد. موضوع النسب. ط١. الكويت: دار القلم، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٢- الأسدي، مؤيد حميد. الوجيز الميسر في شرح قانون الأحوال الشخصية. بغداد: مكتبة الصباح، ٢٠١١.

٣- الألباني، محمد ناصر الدين. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. ط١. بيروت- دمشق: المكتب الإسلامي،١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

٤- البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. اعتنى به أبو صهيب الكرمي. الرياض: بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٥- بدوي، شريف فهمي. معجم مصطلحات البيولوجيا. ط بيروت: دار الكتاب اللبناني. القاهرة: دار الكتاب المصري، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠.

٦- البقري، الشيخ محمد بن عمر. حاشية البقري على شرح الرحبية. طبع بالمطبعة الميمنية.

٧- البهجي، د. عصام أحمد. الحماية من أضرار الهندسة الوراثية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية. الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠١٥م .

٨- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الجامع الكبير. حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه الدكتور بشار عواد معروف. ط١. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٦.

الجاحظ، أبو عثمان عمر بن بحر. البيان والتبين. تحقيق المحامي فوزي عطوي. ط١. بيروت: دار صعب، ١٩٦٨.

٩- الجرجاني، علي بن محمد بن الشريف. التعريفات. بيروت: مكتبة لبنان. ط١٩٨٥.

١٠- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي. أحكام القرآن. تحقيق محمد الصادق قمحاوي. بيروت: دار احياء التراث العربي- مؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

١١- الجوهري، إسماعيل بن حماد. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق أحمد عبدالغفور عطار. بيروت: دار العلم للملايين.

١٢- ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. المحلى. القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، ١٣٥١هـ.

١٣- الحسيني، د. عمار عباس الحسيني، التحقيق الجنائي. ط٢. النجف الأشرف.

١٤- الحلي، الشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن. المختصر النافع في فقه الأمامية. مصر: مطابع دار الكتاب العربي.

١٥- الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. اعتنى به محمد خليل عيتاني. ط١. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٨هـ= ١٩٩٧م.

١٦- الخلف، د. موسى. العصر الجينومي. الكويت: سلسة عالم المعرفة العدد(٢٩٤) سنة ٢٠٠٣م.

١٧- الدارَّقطني، علي بن عمر. سنن الدارَّقطني. حققه وضبط نصّه وعلَّق عليه شعيب الأرنؤوط- حسن عبدالمنعم شلبي- هيثم عبدالغفور. ط١. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م.

١٨- داماد افندي، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخ زاده. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر، ومعه المنتقى في شرح الملتقى لمحمد بن

علي الحصني. خرَّج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.

١٩- دانييل كيفلس- ليروى هود. الشفرة الوراثية للإنسان، القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجيونم البشري، ترجمة أحمد مستجير. الكويت: سلسلة عالم المعرفة، ١٩٩٧م.

٢٠- أبو داود، سليمان بن الاشعث السجستاني. سنن أبي داود. اعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد . ط١. بيروت: دار ابن حزم، ١٤١٨هـ = ١٩٩٧م.

٢١- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر. مختار الصحاح. بيروت: مكتبة لبنان، ١٩٨٦م.

٢٢- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط٦. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

٢٣- الزحيلي، د. وهبة. البصمة الوراثية ودورها في الإثبات. بحث مقدم لمؤتمر الشريعة والقانون بالإمارات العربية. المجلد الثاني.

٢٤- الزرقا، د. أحمد بن محمد. شرح القواعد الفقهية. ط٢. دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٢٥- الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي الحنفي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ط١. مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣١٥هـ.

٢٦- السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل. المبسوط. بيروت: دار المعرفة.

٢٧- السمرقندي، علاء الدين محمد بن احمد. تحفة الفقهاء. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ = ١٩٨٤م.

٢٨- السنهوري، د. عبدالرزاق- أبو ستيت، د. أحمد حشمت. أصول القانون. مطبعة لجنة التأليف والنشر، ١٩٣٨م.

٢٩- الشوكاني، محمد بن إسماعيل الصنعاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام. ط١. الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع لصاحبه سعد بن عبدالرحمن الراشد، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م.
٣٠- الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي. المهذب في فقه الإمام الشافعي. ضبطه وصححه ووضع حواشيه الشيخ زكريا عميرات. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ = ١٩٩٥م.
٣١- ابن عبد البر القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبدالله أبن محمد. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. تحقيق سعيد أحمد اعراب ومحمد الفلاح. ط٢. المغرب، المحمدية: مطبعة فضالة، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٢م.
٣٢- عبدالفتاح، د. محمد لطفي. القانون الجنائي واستخدامات التكنلوجيا الحيوية. ط١. ٢٠١٢م.
٣٣- العبد المنعم، عبد الله بن سليمان بن علي. قضاء علي بن أبي طالب وأثره في التشريع الجنائي الإسلامي. ط١. الرياض مكتبة الرشد ناشرون، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م.
٣٤- عثمان، محمد رأفت. النظام القضائي في الفقه الإسلامي. ط٢. القاهرة: دار البيان، ١٩٩٤.
٣٥- العظيم آبادي، للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق. عون المعبود شرح سنن أبي داود. مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية. ضبط وتحقيق عبدالرحمن محمد عثمان. ط٢. المدينة المنورة: الناشر محمد عبدالمحسن صاحب المكتبة السلفية، ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م.
٣٦- الفائز، إبراهيم محمد. الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي. ط٢. بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٨٣.

٣٧- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد. المغني. تحقيق د. عبدالله بن عبد المحسن التركي- د. عبدالفتاح محمد الحلو. ط٣. الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٧هـ= ١٩٩٧م.

٣٨- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. الذخيرة. تحقيق الأستاذ محمد بو خُبزه. ط١. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م.

٣٩- القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر. الجامع لأحكام القران والمُبيِّن لما تضمَّنه من السنة وآي الفرقان. تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي وآخرون. ط١. بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م.

٤٠- ابن قيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر. زاد المعاد في هدي خير العباد. حقق نصوصه، وخرَّج أحاديثه، وعلَّق عليه شعيب الأرنؤوط- عبدالقادر الأرنؤوط. ط٢٦. بيروت: مؤسسة الرسالة- الكويت: مكتبة المنار الإسلامية، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

٤١- ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد. الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية.ط١. تحقيق محمد عيون. مكتبة دار البيان، ١٩٨٩.

٤٢- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط٢. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

٤٣- الكبيسي، د. احمد. الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء، ج١، الزواج والطلاق. بغداد: المكتبة القانونية.

٤٤- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن كثير. تفسير القرآن العظيم. تحقيق مصطفى السيد محمد وآخرون. ط١. مصر، الجيزة: مؤسسة قرطبة- مكتبة أولاد الشيخ للتراث، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

٤٥- المحلاوي، عماد الدين حمد عبدالله. الخارطة الجينية في ضوء الفقه الإسلامي. بيروت: مكتبة حسن العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م.

٤٦- المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق أبي عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي. ط١. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ = ١٩٩٧م.

٤٧- مستجير، د. أحمد. في بحور العلم. القاهرة: دار المعارف، ١٩٩٦م.

٤٨- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. صحيح مسلم. اعتنى به صهيب الكرمي. الرياض: بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ١٤١٩هـ = ١٩٩٨م.

٤٩- المعجم الوجيز. صادر عن مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربية. ط١. القاهرة، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.

٥٠- المعجم الوسيط. صادر عن مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربية. ط٤. القاهرة: مكتبة الشروق، الدولية، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

٥١- المنجد في اللغة والاعلام. إعداد مجموعة من أهل اللغة والباحثين تحت إشراف المطبعة الكاثولوكية. ط٣٣. بيروت: دار المشرق، ١٩٩٢م.

٥٢- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم. لسان العرب. بيروت: دار صادر.

٥٣- ناصر الإسلام الرامفوري المولوي محمد عمر. البناية في شرح الهداية. ط٢. بيروت: دار الفكر، ١٤١١هـ- ١٩٩٠م.

٥٤- النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب. السنن الكبرى. حقَّقه وخرَّج أحاديثه حسن عبدالمنعم شلبي.ط١. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢١هـ- ٢٠٠١م.

٥٥- الهلالي، د. سعد الدين مُسعد. البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة. ط١. القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م.

٥٦- ابن الهمام الحنفي، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد. شرح فتح القدير. ط٢. بيروت: دار الفكر.

ثانياً: البحوث والمقالات:

٥٧- السبيل، د. عمر بن محمد. البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية. بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي. السنة الثالثة عشرة، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م.

٥٨- سلامة، نهى. البصمة الوراثية تكشف المستور. مقال منشور في ١٨/ ١/ ٢٠٠١م على الرابط التالي: -khayma.com/madina/m2 files/stamps2.htm

٥٩- العبيدي، القاضي عواد حسين ياسين. اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريع أسسه وتقييمه. بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية. بغداد السنة الثالثة. العدد الثاني (نيسان، أيار، حزيران)، ٢٠١١.

٦٠- القره داغي، د. علي محيي الدين. البصمة الوراثية من منظور إسلامي. بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي. السنة الرابعة عشرة، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.

٦١- واصل، د. نصر فريد. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي. السنة الخامسة عشرة، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

ثالثاً: القوانين:

٦٢- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٦٣- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

رابعاً: القرارات والندوات:

٦٤- أعمال ندوة الوراثة والهندسة والجينوم البشري والعلاج الجيني رؤية إسلامية- المنعقدة في الكويت في الفترة من ٢٣- ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ- الموافق

١٣- ١٥ اكتوبر ١٩٩٨. إشراف د. عبدالرحمن العوضي، تحرير د. أحمد رجائي الجندي. الكويت سنة ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

٦٥- قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة والمنعقدة بمكة المكرمة من ١١- ١٥ رجب ١٤١٩هـ- ٣١ اكتوبر ١٩٩٨م.

٦٦- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة. قرارات الدورة السادسة عشرة المنعقدة في الفترة من ٢١- ٢٦ شوال عام ١٤٢٢هـ الموافق ٥- ١٠ يناير عام ٢٠٠٢م.

٦٧- القرار (٥٧٠٦) ، الهيئة الشخصية الأولى /٢٠١١ في ٢٠١١/١١/٢٣ (قرار غير منشور).

٦٨- القرار ٧٠٥٤/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٣ في ٢٥/ ٨/ ٢٠١٣ القرار غير منشور.

٦٩- القرار ٤٠١/ الهيأة المدنية الثانية/ ٢٠١٣ في ١٦/ ١٢/ ٢٠١٣ القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء العددان الثالث والرابع، السنة السادسة، ٢٠١٣.

القرار ٧٥٦٩/ الأحوال الشخصية والمواد المدنية/ ٢٠١٣ في ٦/ ١١/ ٢٠١٣ القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد الثاني/ السنة السادسة/ ٢٠١٤م.

المـلخـص:

تعد البصمة الوراثية فتحاً مبيناً في مجال التطور الطبي وهي البنية الجينية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في إثبات الشخصية، والبصمة الوراثية دليل حديث من أدلة إثبات النسب قاسه الفقهاء المعاصرون على القيافة، وثار بينهم خلاف حول حجيته البصمة الوراثية باعتبارها دليل من أدلة إثبات النسب، لذلك وضعوا ضوابط لا بد من توافرها حتى يتم الأخذ بنتائج البصمة الوراثية باعتبارها وسيلة من وسائل حسم النزاع حول البنوة والأبوة.

أما في مجال القانون الوضعي وبالتحديد في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وعلى الرغم من ان المشرِّع العراقي حدَّد في المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية شرطا إثبات النسب وهما: "١- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة للحمل، ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً"، فلم ترد أي اشارة إلى إثبات النسب بالوسائل العلمية الحديثة ومنها (البصمة الوراثية) وعلى الرغم من ان قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وفي المادة (١٠٤) منه التي أجازت للقاضي الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية فلم تحدد ماهية وسائل التقدم العلمي، وبناءً على كل هذه المعطيات كانت هذه الدراسة مخصصة للبحث في مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب شرعاً وقانوناً وقضاءً.

ABSTRACT :

DNA is considered breakthrough in the field of medical development. It is the genetic structure that shows the identity of each individual. It means that almost invariably misrepresents the personality. The DNA is a recent proof of evidence that modern scholars have found difficult to measure. As proof of evidence of lineage, so they set rules that must be available to take the results of the DNA as a means of resolving the dispute about the sonship and paternity.

In the field of positive law , specifically in the Iraqi Personal Status Law number. 188 of 1959, although the Iraqi legislator specified in Article 51 of the Personal Status Law the condition of proof of descent: 1 – it have to spend the contract of marriage less period of pregnancy, - There is no reference to the establishment of percentages by modern scientific means, including (DNA), and although the Iraqi evidence Act No. 107 of 1979 and Article 104 of which allowed the judge to take benefit from the means of scientific progress in the development of judicial evidence did not specify what means of scientific progress.

Based on all of these data, this study was devoted to the study of the Authenticity of DNA in the determination of descent in Sharia, law and judiciary.