إقليم كــوردستان ــ العراق

مجلس القضاء

رئاسة محكمة استئناف السليمانية

البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب

دراســة مــقارنـــة

بحــث تقدم بـــه

القاضي

نـــايــف عثــمان رمـــضان

الــى مجلس قــضاء إقـــليم كـــوردستان الــعراق كــجزء من متطلبات الترقية

مــن الـصنف الرابع الــى الـصنف الثالـث من أصناف الـقضاة

بـــإشرافـــ

الـــقاضي : عــمر احـــمد مـــحمد

رئيــس مــحكمة جنايات السليمانــية / 3

1443 الهجرية

2021 الميلادية

{سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ } صدق الله العظيم

سورة فصلت : الآية 53

توصية المشرف على البحث

لقد تم تعييني مشرفاً على البحث المقدم من قبل القاضي السيد (**نايف عثمان رمضان**) بعنوان (**البصمة الوراثية و حجيتها في اثبات النسب - دراسة مقارنة**) و بعد اكمال البحث أويد بأنه تبين أن الباحث بذل جهوده في تطوير كفائته القانونية في مجال عمله و لاحظت انه وفق في اختيار موضوع البحث واتم كتابته تحت اشرافي حيث ان الباحث قد راعى الاسلوب العلمى في كتابة البحث واعتمد على مصادر قيمة في موضوع دراسته و التزم الامانة العلمية و الارشادات و التوجيهات عند الكتابة ولم اجد فيه أية نواقص أو اخطاء لغوية وارى ان بحنه جدير بالمناقشة عليه وقعت ادناه.

المشرف

القاضي : **عمر احمد محمد احمد**

رئيس محكمة جنايات السليمانية/3

2021/10/25

الإهداء

- الـــــــى والدي ووالدتي اللذين قال الله سبحانه وتعالى بحقهما

((واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا))

شكر وتقدير

الشكر كل الشكر لله سبحانه وتعالى الذي منحني العون والقدرة على إنجاز هذا البحث .....

كما لا يسعني في هذا المقام الا أن أتوجه بفائق الشكر والتقدير للأستاذ الفاضل القاضي (عمر أحمد محمد) الذي تحمل عناء الإشراف على هذا البحث ولما قدمه لي من توجيهات و توصيات و اراء سديدة و قيمة طيلة فترة اعداده رغم إنشغالاته الوظيفية ، فله مني كل التقدير والإحترام .

كما أقدم شكري و امتناني الى الأخ (رەوەند حكيم صابر) في مكتبة تةبايى .

و كذلك موظفات مكتبة مجلس القضاء وكلية العلوم الشرعية وكلية القانون في جامعة صلاح الدين-أربيل .

و أخيرا لن أنسى تقديم الشكر والإمتنان الى كل من مد لي يد العون و المساعدة لإكمال هذا البحث، راجياً من الله عز وجل أن يوفق الجميع .

الفهرست

المواضيع	الصفحات
المقدمة	2 - 1
المبحث الأول : ماهية البصمة الوراثية و الطرق التقليدية لإثبات النسب	**3**
المطلب الأول : مفهوم البصمة الوراثية	**4**
الفرع الأول/ تعريف البصمة الوراثية	5-4
الفرع الثاني/ المدلول العلمي للبصمة الوراثية	7-6
الفرع الثالث / المدلول التشريعي للبصمة الوراثية	8
الفرع الرابع / المدلول الفقهي والقانوني للبصمة الوراثية	9
الفرع الخامس / خصائص البصمة الوراثية	10
المطلب الثاني / الطرق الشرعية (التقليدية) لإثبات النسب	**11**
الفرع الأول / الفراش	16-12
الفرع الثاني / الإقرار	18-17
الفرع الثالث/ البينة	20-19
الفرع الرابع/ القيافة	21
الفرع الخامس/ القرعة	22
المبحث الثاني/ أحكام استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء	**23**
المطلب الأول :- إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي	23
الفرع الأول / موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية	27-24
الفرع الثاني/ مكانة البصمة الوراثية من بين الطرق التقليدية لإثبات النسب في الفقه الاسلامي المعاصر	29-28
الفرع الثالث / مكانة البصمة الوراثية من اللعان في نفي النسب في الفقه الإسلامي المعاصر	31-30
الفرع الرابع / موقف مجمع الفقه الإسلامي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية	34-32

المطلب الثاني / أحكام إثبات النسب بالبصمة الوراثية في التشريع العراقي وبعض التشريعات العربية والقضاء	35
الفرع الاول/ موقف التشريع العراقي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية	38-35
الفرع الثاني / موقف بعض التشريعات العربية من إثبات النسب بالبصمة الوراثية	41-39
الفرع الثالث / موقف القضاء العراقي من اثبات النسب بالبصمة الوراثية	45-42
الفرع الرابع / موقف القضاء الكردستاني من اثبات النسب بالبصمة الوراثية	47-46
الخاتمة	48
الاستنتاجات	49-48
التوصيات	50
قائمة المصادر	57-51

المبحث الأول /البصمة الوراثية و الطرق التقليدية (الشرعية) لإثبات النسب
المطلب الأول / ماهية البصمة الوراثية
الفرع الاول / مفهوم البصمة الوراثية لغة وأصطلاحا
الفرع الثاني / المدلول العلمي للبصمة الوراثية
الفرع الثالث / المدلول التشريعي للبصمة الوراثية
الفرع الرابع / المدلول الفقهي والقانوني للبصمة الوراثية
الفرع الخامس / خصائص البصمة الوراثية

المطلب الثاني / الطرق التقليدية (الشرعية) لإثبات النسب
الفرع الأول / الفراش
الفرع الثاني / الإقرار
الفرع الثالث : البينة
الفرع الرابع : القيافة
الفرع الخامس : القرعة

المبحث الثاني / أحكام استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء
المطلب الأول / إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي
الفرع الأول / موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية
أولا / الرأي القائل بعدم جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية
ثانيا / الرأي القائل بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية
الفرع الثاني / مكانة البصمة الوراثية من بين الطرق التقليدية لإثبات النسب
الفرع الثالث / مكانة البصمة الوراثية من اللعان في نفي النسب في الفقه الإسلامي المعاصر
الفرع الرابع / موقف مجمع الفقه الإسلامي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

المطلب الثاني / أحكام إستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في التشريع العراقي و بعض التشريعات العربية والقضاء
الفرع الأول : موقف التشريع العراقي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية
الفرع الثاني موقف بعض تشريعات العربية من إثبات النسب بالبصمة الوراثية
أولا : التشريع التونسي ثانيا : التشريع القطري ثالثا : التشريع المصري
الفرع الثالث / موقف القضاء العراقي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية
الفرع الرابع / موقف القضاء الكوردستاني من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

الخاتمة /
الأستنتاجات /
التوصيات /

المقدمة

أحاطت الشريعة الأسلامية النسب برعاية منقطعة النظير و أولته عناية فائقة حفظا ووقاية و علاجا ، و حمايته من أن يتعدى عليه أحد بأي نوع من أنواع التعدي ، وكانت المحافظة على النسل أحد الأمور الخمسة التي لابد من وجودها في كل مجتمع إنساني كامل ، وإذا فقد أي واحد منها كان المجتمع مختلاً ، ولهذا يسميها العلماء بالضروريات الخمس وهي : حفظ الدين ، حفظ النفس ، حفظ النسل ، حفظ العقل و حفظ المال (1) يعد النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ، و يرتبط به أفرادا برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم فالولد جزء من أبيه ، والأب بعض من ولده فرابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لاينفصم ، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الأنسان ، إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرو ذابت الصلات بينها ، ولما بقي أثر من حنان و عطف و رحمة بين أفرادها ، لذا أمتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب وقال سبحانه و تعالى " وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا "(2) ولأهمية ذلك نظم الشارع الحكيم هذه العلاقة من خلال النكاح أمر به، ولاشك أن الله عز وجل إذا أمر بحفظ شيء فإنه يريد منا أن نحفظه كاملا ولا يتصور في العقل السليم أن يكون حفظ النسل حفظا سليما إلا إذا كان مصونا عن أي نوع من الخلط ولهذا وجدنا أحكام الله عز وجل تنهي عن جريمة الزنا لأنها تقضي الى أختلاط الأنساب بجانب التعدي على العرض ، كما حرم الله عز وجل أن ينتسب الإنسان الى غير أبويه ، و أمر أن يكون الأنتساب صحيحا لا إدعاء حيث منع الشرع الاباء من إنكار نسب الأولاد ، و حرم على النساء نسبة ولد الى غير أبيه الحقيقي فالعدل يقضي والحق يوجب على النساء نسبة الأبن الى أبيه الحقيقي .

لذا نجد مسألة النسب ما فتئت تتصدر المباحث الفقهة و تسيل أقلام الباحثين الفقهاء والحقوقيين ، فثبوت النسب قد استقرت قواعد إثباته وسار عليها الفقهاءفي أجتهادهم وحكم بناءاً عليها القضاة في ما يعرض عليهم من منازعات .

- أسباب أختيارموضوع البحث

تهدف هذه الدراسة الى بيان موضوع إثبات النسب بين الطرق الشرعية (التقليدية) والبصمة الوراثية و موقع البصمة الوراثية من بين هذه الطرق بأعتبارها طريقة حديثة في إثبات النسب وبيان القيمة الثبوتية للبصمة الوراثية سواء في الفقه الأسلامي أو التشريعات الداخلية أو في الأحكام القضائية وهل تكفي وحدها دليلا أم لا ؟

1-- د.مصطفى الزلمي،والأستاذ عبد الباقي البكري ، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، المكتبة القانونية ، دون ذكر سنة نشر ، ص231-232

2- سورة الفرقان اية (54)

وهل هذا الدليل ملزم للقضاء أم أن القاضي يستطيع أن يقضي بغير ما ورد في تقرير البصمة الوراثية في حال تعارضه مع الطرق التقليدية لإثبات النسب من الفراش والإقرار والشهادة في ظل تقصير تشريعي واضح في قانون الأحوال الشخصية العراقي و قانون الإثبات

لمعالجة هذا الموضوع ومن أجل سد هذا النقص التشريعي فقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع والذي عنوناه "البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب " محاولين قدر الأمكان معالجة الإشكالات المشار اليها من جميع جوانبه الموضوعية " الفقهة والقانونية "

- **منهجية البحث**

اعتمدنا في هذا البحث على جمع بين المنهج التحليلي والمنهج المقارن فضلا عن ذلك إعتمدناعلى المنهج التطبيقي الذي يعزز المواقف التشريعية والفقهة بالأحكام القضائية التطبيقية من قضائين العراقي والكردستاني لذا فقد إقتضت الدراسة أن يأتي البحث بمبحثين هما المبحث الأول :مفهوم البصمة الوراثية ومع بيان الطرق التقليدية لإثبات النسب وبه مطلبين الأول : ماهية البصمة الوراثية والثاني الطرق الشرعية (التقليدية) لإثبات النسب في الشريعة الاسلامية والقانون والمبحث الثاني : أحكام البصمة الوراثية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي والثاني موقف التشريع العراقي وبعض التشريعات العربية والقضاء العراقي و الكردستاني من إثبات النسب بالبصمة الوراثية ثم أختتمنا الدراسة بالخاتمة التي تضمنت أهم الأستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها.

المبحث الأول

ماهية البصمة الوراثية و الطرق التقليدية لإثبات النسب

شكلت التطورات العلمية في التكنلوجيا و معها التيارات العلمية الجديدة ثورة مدهشة في البيولوجيا تمثلت في أكتشاف المادة الوراثية " DNA " حيث أكتشف العلماء أن الحمض النووي هو المادة الوراثية تعتبر البصمة الوراثية الخاتم الألهي الذي ميزه الله عز وجل به كل أنسان عن غيره بحيث جعل لكل الأنسان خاتمه أي بصمته المميزة له في الصوت والرائحة و العين والأذن ....الخ تجعله ينفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا ..... ولا يشاركه أي شخص اخر في العالم. تعرف البصمة الوراثية بأنها البينة الجينية التفصيلية التي تدل عند ذوي الأختصاص على هوية كل فرد بعينه ، كما تعد من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقيق من والديه البيولوجية من جهة كذا في التحقيق من الشخصية من جهة ثانية وتوجد هذه البصمة الوراثية على شكل أحماض أمينية (DNA) و تسمى الحمض النووي لأنها تسكن في نواة الخلية وهي موجودة في الكروموسومات .

و يعتبر الحمض النووي حامضا خلويا فريدا في كل شخص و بصفة لا تتكررمن شخص الى اخر محققا التفرد و التمييز لكل أنسان على حدى ولا يشابه فيها شخصا على وجه الأرض الا في حالة التوائم المتماثلة والتي أصلها بويضة واحدة و حيوانه منوي (1) واحد فسبحان الله الخالق العظيم القائل في كتابه الكريم " وَفِيٓ أَنفُسِكُمۡۚ أَفَلَا تُبۡصِرُونَ " (2). وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم البصمة الوراثية وخصائصه في (المطلب الأول) ثم نتطرق الى الطرق التقليدية لإثبات النسب في (المطلب الثاني)

1-للتفصيل ينظر مقدمة عن الجينات و الحمض النووي تأليف: انا كلاييورن ، ترجمة د. ليلى سعدوبالومال ، شركة نهضة – مصر للطباعة والنشر ، ط الأولى 2007 ، ص4-5-7 و ما بعدها .للتفصيل ينظر كذلك د.سعد بن حسين سعد القحطاني ، علم الخلية والوراثة ، جامعة الملك سعود . النشر العلمي و المطابع ، 2012 ، ص8 و ما بعدها .

2-سورة الذاريات الاية (20)

المطلب الأول

مفهوم البصمة الوراثية

من أهم المسائل التي ناقشها العلماء والفقهاء منذ ظهورالبصمة الوراثية هي محاولة إعطاء تعريف دقيق و شامل يفصح عن ماهية هذا الأكتشاف الحديث الذي أبهرالعالم وتحقيقا لذلك عقدت الكثير من المؤتمرات والندوات ، وألفت الكثير من المراجع التي تناولت موضوع البصمة الوراثية بالبحث ، وعليه سوف نتطرق من خلال هذا المطلب الى مجموعة من المسائل المتعلقة بمصطلح البصمة الوراثية سواء اللغوية أو الأصطلاحية و كذلك بيان خصائصه و ذلك من خلال الفروع الاتية .

الفرع الأول

تعريف البصمة الوراثية

البصمة الوراثية عبارة مركبة من كلمتين البصمة والوراثة لذا يجب تعريفهما على حدى

أ- **البصمة** : جمعها بصمات بصم ببصم بصما .

1-البصمة : أي العلامة ويقال بصم القماش بصما أي رسم عليه و كذلك البصم في الثوب إذا كان كثيفا كثيرالغز(1)

2-**البصم** : فوت ما بين الأصبعين، فوت ما بين طرف الخنصر الى طرف النبصر والفوت ما بين كل أصبعين طولا (2) فالبصمة تطلق في اللغة على بصمات الأصابع وهي الاثار التي تتركها الأصابع عند ملامستها شيئا

1-المنجد في اللغة والأعلام ، دار المشرق ، ط الثانية والأربعون ، بيروت ، 2007 ، ص40 .

2-العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، دار الحديث ، القاهرة ، 2003 ، ص 434 .

ب-**الوراثية** : معنى الوراثة لغة : الوراثة مصدر ورث أو إرث يقال ورث أو إرثا أي صار ميراثه اليه بعد موته لقوله تعالى (فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا (5) يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ)[1] والوارث والوراثة والتراث ما يخلفه الرجل لورثته (2)

بناء على ذلك فالبصمة الوراثية : هي العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأباء الى الأبناء أو من الأصل الى الفروع (3) وبعد أستعراض المدلول اللغوي والأصطلاحي للبصمة الوراثية ولتوضيح مفهوم البصمة

الوراثية والقاء الضوء على ذلك المفهوم فسوف نتناول في فروع التالية المدلول العلمي والفقهي والقانوني والتشريعي للبصمة الوراثية.

1- سورة مريم الأية 5-6

2-العلامة ابن منظور ، مصدر سابق ، الجزء التاسع ، ص269-270

3- د. سعدالدين مسعد الهلالي ، البصمة الوراثية ، و علاقتها الشرعية ، مكتبة النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ط1 ،1999 ، ص25 .

الفرع الثاني

المدلول العلمي للبصمة الوراثية

البصمة الجينية هي بصمة الحمض النووي (د. ن . أ) Dana Finger Printing والجينات هي الأساس الجزئي التي تنتقل الرسالة الوراثية من جيل لاخر ، وتوجيه نشاط كل خلية ، وهي عبارة عن جزئيات علاقة تكون ما يشبه الخيوط الرفيعة المجدولة ، تسمى الحمض النووي الريبوزي المختزل (D N A) وهذه الحروف هي أختصار للأسم العلمي (ديوكسى ريبو نيو كليك أسيد) (Dioxy Ribo . Naclic Acid)

وقد سمي بالحمض النووي نظرا لوجوده و تمركزه دائما في نوبة خلايا الكائنات الحية جميعا والحامض النووي لـلأنسان الموجود في نـواة الخلية مشتق من كـل من الأب و الأم (1) وتترتب الجينات في خلايا اللإنسان على (23) زوجا من الكروموسومات في نواة الخلية نصفها من الأب و نصفها من الأم وكل كروموسوم يحتوي على (100000) جين مرتب عليها كالضرزعلى الخيط و الكروموسومات مركب من الحمض النووي و بروتينات . هذه البروتينات لها دورا مهما في المحافظة على هيكل المادة الوراثية (2) وتكمن المعلومات الوراثية لأية خلية من تتابع الشفرة الوراثي " تتابع القواعد النتروجينية الأربعة " وهي الأذنين (A) والجوانبين (G) اليتوزين (C) والثيامين (T) التي تكون المادة الوراثية في صورة كلمات و جمل تقوم بتخزين المعلومات الوراثية المسئولة عن حياة الفرد أن تسلسل القواعد النتروجينية يختلف من شخص الى اخر ولا يشابه فيه شخصان على وجه الأرض الا في حالة التوائم المتماثلة

لذا فإنه يمكن القول نظريا بأنه يمكن التفريق بين جميع الأشخاص بناءً على الأحماض النووية الموروثة لديهم ما عدا في حالة التوأم المتشابهة والخلية الادمية الواحدة تحتوي على ما يقارب (300) بلاين زوج من القواعد النيتروجينية وبليون من النيوكيلوتيد، وهي الوحدات الرئيسية في الأحماض النووية ، وهذه الوحدات تتكرر بترتيب معين على شكل سلسلة طويلة و تسلسل هذه القواعد النيتروجينية على جزء الحمض لا يتطابق فيه شخصان (3).

1-عارف علي عارف القرداغي ، مسائل شرعية في الجينات البشرية ،سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة ، (3) جامعة الأسلامية العالمية بماليزية ، ط الأولى ، 2011 ، ص73 ، وينظر كذلك د. سعد بن عبد العزيز ، أحكام الهندسة الوراثية ، دار كنوز اشبيليا ، ط1 ، الرياض 2007 ، ص55-56 .

2-عمار محمود شاكر النعيبي العاني ، مصدر سابق ، ص19-20-21 .

3- د.حسنين المحمدي بوادي ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، منشاة المعارف، الأسكندرية 2008 ، ص 58-59 .

وقد اكتشف عالم الوراثة الشهير (اليك جيفري) الذي يعمل بقسم الوراثة في جامعة (ليستر) بالمملكة المتحدة من أكتشاف اختلافات في تتابع الشفرة الوراثية في منطقة (Intron) متمثلة في الطول والموقع و قد وجد أن هذه الأختلافات يتفرد بها كل شخص تماما مثل بصمة الأصابع ، لذلك أطلق عليها "بصمة الجينات " او البصمة الوراثية وقد وجد أيضا أن بصمة الجينات تحدث طبقا لقوانين (مندل الوراثية) .

فالمقصود ببصمة الجينات اذا هو اختلافات في التركيب الوراثي لمنطقة (Intron) ويتفرد بها كل شخص تماما و تورث أي طفل يحصل على نصف هذه الإختلافات من الأم و على النصف الاخر من الأب ليكون مزيجا وراثيا جديدا يجمع بين خصائص الوالدين . (1)

1-عارف علي عارف القرداغي ، مصدر سابق ، ص74 .

الفرع الثالث

المدلول التشريعي للبصمة الوراثية

تعد البصمة الوراثية و مدى الأحتجاج بها من القضايا المستجدة التي أختلف فيها فقهاء العصر وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها، وتعتبر فيها حجة تعتمد عليها كليا أو جزئيا للأستفادة منها في حالات الطوارىء. وفي مجال التشريع والتقنين كانت دولة قطر رائدة حيث أصدرت قانون البصمة الوراثية رقم (9) لسنة 2013 وفي مادته الأولى عرفت البصمة الوراثية بأنها السمات البيولوجية أو النمط الجيني للمواقع غير المشفرة عالية التباين في الحمض النووي و الكروموسومي التي تنتج من تحليل الحمض النووي بالعينات البيولوجية ، وهو ثابت و متفرد بين كل شخص و أخر، ولايتكرر الا في حالات التوأم المتطابق (Identicaltwins) (1) وعرفت المادة الأولى من قانون البصمة الوراثية الكويتي رقم (78) لسنة 2015 بقولها " هي خريطة الجينات البيولوجية الموروثة والتي تدل على شخصية الفرد و تمييزه عن غيره ، و تتمثل السمات البيولوجية أو الخط الجيني للمواقع غير المشفرة عالية التبيان في الحمض النووي الكروموسومي التي تنتج من تحليل الحمض النووي بالعينات البيولوجية (2).

أما باقي التشريعات العربية الأخرى حسب علمي فلم تتدخل في إقرار البصمة الوراثية في المجال الجنائي و إثبات النسب باستثناء (القانون التونسي و البحريني)، فعلى الرغم من التطبيقات القضائية العديدة للبصمة الوراثية الا أنها ما زالت بعيدة عن متناول المشرع في البلدان العربية و اقرار العمل بها من المحاكم كدليل إثبات أو نفي أو قرينة مساندة للأدلة أو التقرير من تقارير الخبراء الا أنها لم تتعرض لتعريفها او تحديد مفهومها تاركة الأمر للفقه للقيام بتلك المهمة .

وقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية و قبلت به عدد من المحاكم الأوروبية فأجازت تشريعات غربية عديدة للجوء الى البصمات الوراثية بشكل خاص والدليل العلمي بشكل عام دون قيد أو شرط منها القانون الأمريكي والقانون السويسري والقانون الدنماركي والقانون الأنكليزي (3).

1-ينظر: قانون البصمة الوراثية القطري ،رقم (9) لسنة 2013 .

2-ينظر: قانون البصمة الوراثية الكويتي ، رقم (78) لسنة 2015 .

3-المحامي حسام الأحمد، البصمة الوراثية و حجتها في الأثبات الجنائي أو النسب ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط الأولى ، بيروت - لبنان ، 2010 ، ص 104 و ما بعدها .

الفرع الرابع

المدلول الفقهي والقانوني للبصمة الوراثية

عرفت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية برعاية المنظمة الأسلامية للعلوم الطبية البصمة الوراثية بأنها: هي البنية الجينية "نسبة الى الجينات أي المورثات " التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه . والبصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لاتكاد تخطيء في التحقيق من الوالدية البيولوجية .

والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي (1)، فقد أقر المجمع الفقه الأسلامي لرابطة العالم الأسلامي في دورته الخامسة عشرهذا التعريف وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي والتحقيق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية الميزة للشخص ويمكن أخذها من أي خلية من الدم أو اللعاب أو المني أو البول أو غيره (2) .

أما موقف الفقه القانوني من البصمة الوراثية فقد إختلفت التعريفات للبصمة الوراثية عند فقهاء القانون حيث عرفها الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا بأنها " الصفات الوراثية اللتي تنتقل من الأصوال الى الفروع والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا ..... وعرفه الدكتور رميس بهنام بأنها المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية وشبيهه بهذا التعريف عرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنها المادة المورثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية (3) .وعرفها الدكتور سعدالدين مسعد هلالي بأنها: تعيين هوية الأنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنا المتمركزة في نواة أي خلية من خلايا جسمه ، وينظر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقا لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا ، وهي خاصة لكل أنسان تميزه عن الاخر في الترتيب وفي المسافة مابين الخطوط العرضية تمثل أحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحب البويضة) (4)

1-أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينيوم البشري والعلاج الجيني ، رؤية الأسلامية المنعقدة في الكويت د. سعدالدين مسعد هلالي ، مصدر سابق ، ص81 .

2-ينظر القرار السابع بشأن البصمة الوراثية و مجالات الأستفادة منها والصادر من مجلس الفهي الأسلامي في دورته السادسة المنعقد في مكة المكرمة للفترة من 5-10 / 1 / 2002 .في المبحث الثاني ، في المطلب الأول ، الفرع الرابع .

3- خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهة ، دار النفائس ، ط1 ، الأردن 2006 ، ص 44 و د. وهبة الزحيلي ، قضايا الفقه و الفكر المعاصر ، مصدر سابق ، ص35 .

4-د.سعدالدين مسعد هلالي ، مصدر سابق ، ص35 .

الفرع الخامس

خصائص البصمة الوراثية

تتميز البصمة الوراثية بعدة خصائص أبرزها :-

1- يمكن اجراء فحوص البصمة الوراثية على عينات ضئيلة جدا من سوائل الجسم المختلفة (دم ، سائل منوي ، لعاب) حتى بعد جفافها و مرور فترة طويلة على جفافها معظم الأنزيمات المستخدمة في مجال الأحياء الجنائية تتكسر ولا يمكن الحصول على نتيجة بعد مرور حوالي (26) أسبوعا على الأثرالبيولوجي ويمكن الحصول على نتيجة أيجابية بنسبة للبصمة الوراثية حتى بعد مرور عشرات السنوات على العينة البيولوجية .هناك العديد من الدراسات التي تمكن فيها العلماء من أجراء فحوص البصمة الوراثية على عينات أخذت من مومياء مصر (1).

2-ان البصمة الوراثية لا تتغير من خلية لأخرى في جسم الأنسان ، فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج ، فالبصمة الوراثية التي في العين تجد مثيلاتها في الكبد و القلب و الجلد ، الا في حالات خاص مثل الأصابة بورم ناتج عن خلل في جزيئة الدنا (2)

3- النتيجة النهائية لعمل البصمة الوراثية تكون على صورة خطوط عرضية تختلف في السمك و المسافة نتيجة أختلاف شخص من شخص اخر كونها صفة لكل إنسان تميزه عن الاخر ، وهذه النتيجة سهل قراءتها و حفظها و تخزينها في الكمبيوتر لحين الحاجة للمقارنة (3) .

4- أثبت الطب الحديث أن نتيجة البصمة الوراثية قطعية لا تقبل التردد لأنه يثبت النسب أو ينفيه بنسبة 99 % فأكثر حالات الإثبات تحدد البصمة الوراثية الأم والأب أو الأخت بنسبة 99.9 % وفي حالات النفي بنسبة 100 %(4).

و الغاية مما ذكرناه من وراء هذه الخصائص هي الوصول الى النتيجة الاتية " أن كل انسان يتفرد بنمط خاص من التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسمه ، لا يشاركه فيه أي شخص اخر في العالم يطلق على هذا النمط بالبصمة الوراثية وأنها من الناحية العملية وسيلة لا تخطىء في التحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي (5).

1- سامي حارب المنذري ، موسوعة العلوم الجنائية ، مركز بحوث شرطة الشارقة ، 2007 ، ص236 وينظركذلك د. علاء الدين مرسي ، الأدلة الجنائية في الطب الشرعي المعاصر ، المركز القومي لأصدارات القانونية ، ط1 ، القاهرة ، 2014 ، ص34-35 .

2- المهندس. عمار محمود شاكر النعيمي العاني ، المدخل الى البصمة الوراثية و علاقتها بالأنساب ، مكتبة شمس الأندلس ، ط الأولى ، بغداد ، 2018 ، ص57 .

3-د. فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية و دورها في الأثبات الجنائي بين الشريعة والقانون ، المكتبة المصرية ، الأسكندرية ، ص17 .

4--خليفة الكعبي ، مصدر سابق ، ص254-258 .

5-د. صفاء عادل سامي ، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ، منشورات زين الحقوقية ، ط الأولى ، لبنان 2013 ، ص85-86 .

المطلب الثاني

الطرق الشرعية (التقليدية) لإثبات النسب

إهتمت الشريعة الأسلامية بالنسب أهتماما لم يسبق اليه أي تشريع اخرحيث أعتبره مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية و الحفاظ عليه من الظروريات الخمس والتي هي الدين و النفس والعقل و النسل والمال (1) والنسب هو القرابة والاتصال بين انسانين بالإشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة (2) والنسب من الحقوق الشرعية التي تتعلق به الحقوق المشتركة فيدخل فيه حق الله تعالى وحقوق أطراف النسب و حق الولد. فوجه ثبوت النسب حقا للـه تعالى فلأنه يتصل بحرمات أوجب الله تعالى رعايتها وهذه الرعاية لا تأتي الا بالمحافظة على الإنسان (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ) (3) . اما وجه كونه حقا للأب فأنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت ولايته عليه مادام صغيرا، وحق ضمه اليه عند أنتهاء حضانة الأم له و حق إرثه إذ مات الولد قبله وحقه في أنفاق الولد عليه مادام الأب محتاجاً و الإبن قادرا إما حق الأم فتربطها بالمولود رابطة لاتنفك فمن حقها الحضانة ومن حقها أن تجد منه الرعاية والطاعة والأحترام وأكثر من ذلك فإن إثبات النسب الولد من أبيه ما يدفع عنها شبهة الزنا و دفع العار عنها وعن أسرتها (4). اما حق الولد فإنه ثمرة أبيه فكان من حقه يثبت نفسه من أبيه كما أن أنتسابه لأبيه حفظ لحقوقه من الحضانة والنفقة والميراث والولاية على النفس والمال إذا كان له مال عليه (5). وللنسب جهتان رئيسيتان جهة الأم و جهة الأب فيثبت نسب الولد من أمه بمجرد ولادته بدون حاجة الى الاثبات سواء أكانت الولادة من زواج صحيح أم من زواج فاسد ام كانت من الدخول شبهة أو كانت من غيرالزواج كالزنا وهذا الأمر لا خلاف فيه عند الفقهاء.

أما ثبوت نسب الولد من أبيه فيكون بأدلة ظاهرة وهي الفراش والبينة والأقرار والقيافة والقرعة (6). وبناءً على ما تقدم سوف نتطرق من خلال هذا المطلب الى بيان الطرق الشرعية (التقليدية)لإثبات النسب من خلال خمسة فروع مع بيان موقف التشريع العراقي بهذا الخصوص .

1-د. مصطفى الزلمي ، والأستاذ عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص231 .232

2--د. محمود محمد حسن ، النسب و أحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي ، مجلس النشر العلمي ، ط. الأولى ، 1999 ، ص14

3-سورة الأحزاب اية (5)

4-د.عبدالمطلب عبد الرزاق حمدان ، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الأسلامية ، دار الفكر الجامعي ، ط الأولى ، الأسكندرية ، 2005 ، ص74-75

5- وينظر المواد (57 ، 59 ، 61) من قانون الأحوال الشخصية .

6-عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي ، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ،رسالة دكتوراه –جامعة القاهرة ،قسم الشريعة الأسلامية ،2000 ، ص103 .

الفرع الأول

الفراش

يعد ثبوت النسب بالفراش أهم الطرق الشرعية لاثبات النسب ولم يستعمل المشرع العراقي مصطلح (الفراش) وهي عبارة فقهية قديمة وكان لها مدلول في الفقه الأسلامي وهي تعني الزواج الصحيح وتلحقه الزواج الفاسد (1) والوطء بشبهة (2) والأتصال بملك اليمين (3)

وكلمة الفراش إصطلاحا عند الفقهاء تستعمل للدلالة على معاني كثيرة ، فهي تستعمل بمعنى الوطء كما تستعمل بمعنى كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد ، وقال الجمهور إن الفراش اسم للمرأة ، وقد يعبربه عن حالة الإفتراش (4) ويدل على ذلك قوله تعالى (وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ (34) إِنَّا أَنشَأْنَاهُنَّ إِنشَاءً **(35)** فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا (36) عُرُبًا أَتْرَابًا (37) لِّأَصْحَابِ الْيَمِينِ) (5)

وعرفه البعض الاخر بأن الفراش في الزواج الصحيح هو عبارة عن الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة وقت أبتداء الحمل فإذا جاءت الزوجة بولد حال قيام الزوجية الصحيحة بينها وبين زوجها يثبت بالفراش(الزوجية الصحيحة) نسب ولدها منه وإذا توافرت شروط ثبوت النسب بالفراش يثبت به النسب دون حاجة الى بينة ولا إقرارالزوج بالنسب (6).

1- الزواج الفاسد / فهو ما أستوفى أركانه ، وشروط انعقاده وفقد شرطا من شروط صحته ، كما إذا عقد الزواج من غير حضور شاهدين أو كانت الزوجة محرمة على من تزوجها وعقد عليها ، وهو لايعلم أنها محرمة عليه ، كأن تتزوج أخته من الرضاع وأنه لايترتب عليه أثر من اثار الزواج الا بالدخول الحقيقي أو الخلوة في رأي المالكية ومن هذه الاثار ثبوت النسب بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، دار النهضة العربية ، ج. الأول ، بيروت ، ص176 و د. وهبة زحيلي ، مصدر سابق ، ص149 .

2- الوطء بالشبهة / هو الأتصال الجنسي من غير الزنا ، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد مثل المرأة المزفوفة الى بيت زوجها دون رؤية سابقة وقيل أنها زوجته ، فيدخل بها وكذلك وطء المرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته وكذلك مثل وطء المطلقة طلاقا ثالثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له ، د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و أدلته ، جزء السابع ، دار الفكر ، ديمشق 2009 ، ص650 و ينظر كذلك المستشار أحمد نصر الجندي، النسب في الأسلام و الأرحام البديلة ، دار الكتب القانونية ، مصر 2003 ، ص88-89

3- الأتصال بملك اليمين/ " وهو ما يعبر عنه بعض الفقهاء بإستيلاد: وهي الجارية عندما كان نظام الرق موجودا عند الجمهور يثبت به النسب، أما الحنفية .فيرون أن فراش الأمة فراش ضعيف لايلتحق الولد بصاحب الفراش إلا باستلحاقة أي باقراره له ، عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية و مدى مشروعية أستخدامها في النسب والجناية . ط الأولى ، دار الفضيلة ، الرياض لسنة 2000 ، ص21

4-حول المعاني المختلفة للفراش ينظر خليفة الكعبي ، مصدر سابق، ص171 . وللتفصيل ينظر كذلك د. عبد الكريم زيدان ، أحكام المرأة والبيت المسلم ، ص318-319 .

5- سورة الواقعة الأيات 34-35-36-37-38

6-المؤلفان د. رمضان علي السيد الشرنباسي و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت-لبنان 2008 ، ص567-568 .

لقول الرسول (ﷺ) "الولد للفراش وللعاهرالحجر" (1) ولا يقصد بالفراش هنا الذي ذكره الفقهاء كدليل على إثبات النسب حقيقة الجماع و الوطء و إنما يقصدون به مظنته (2) وهي قيام الزوجية الصحيحة.

وينبغي الأشارة الى أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يتطرق بصورة واضحة و محددة لإثبات النسب وإنما حدد شروط الزواج الصحيح الذي من خلاله ينسب الولد الى أبيه وذلك أستنادا الى نص المادة (51) التي نصت على أنه "ينسب " ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين 1-أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل 2-أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا . عليه وبناءا على ما تقدم فالنسب يثبت بالفراش اذا ما توفرت الشروط التالية :-

1- أن يكون حمل الزوجة من الزوج ممكنا فلو كان الزوج صغيرا بحيث لايتصور أن تحمل منه زوجته فإن الزوجية حينئذ لاتعتبر فراشا ، فلا يثبت النسب (3).

2- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل وهي (6) أشهربأتفاق الفقهاء ولكن أختلف الفقهاء في المدة المذكورة هل تحتسب أعتبارامن تاريخ العقد ، أم من تاريخ الدخول بعد العقد ، فذهب بعضهم كأبي الحنيفة الى أنها تحتسب اعتبارا من تاريخ العقد بينما ذهب جمهور الفقهاء الى أنها تحتسب أعتبارا من تاريخ الدخول بعد العقد وقد أخذ القانون العراقي بالرأي الأول في المادة (51) و بناءاعلى ذلك الشرط فإن الزوجة إذا ولدت في أثناء قيام الزوجية لأقل من مدة (6) أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا إذا ادعاه الزوج بأنه أبنه ولم يقر أنه إبنه من الزنا حينئذ يحمل الأمر على أنه دخل بها بناءا على عقد غير معلن حفاظا على نسب الطفل (4)

1-هذا الحديث جزء من حديث طويل سنذكره في المبحث الثاني في المطلب الأول ، وهو محور الاحكام وأقوال الفقهاء في مسألة النسب و (الولد للفراش) معناه اذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشا له فإذا أتت بولد لمدة الإمكان منه وهي ستة أشهرلحقه ولد و صار ولدا له ، أما المقصود ب (وللعاهرالحجر) قال العلماء : العاهر : الزاني . والعهر زنى ومعنى لة الحجر أي له الخيبة ولا حق له في الولد وقيل المراد بالحجر هنا إنه يرجم بالحجارة . للتفصيل ينظر صحيح المسلم المسمي المنهاج شرح صحيح مسلم بن حجاج ، دار المعرفة ، ج . التاسع ، ط12 ، بيروت-لبنان ، 2006 ، ص279- باب (الولد للفراش والتوقي الشبهات) .

2- عائشة المرزوقي ، مصدر سابق ، ص263 .

3- د. أحمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاءوالقانون ، ج.الأول ، الناشر العاتك اناشر الكتب ، القاهرة ،2007 ، ص348

4- د. فاروق عبدالله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ط4 ، مطبعة يادكار ، 2020 ، ص334 . للتفصيل ينظر كذلك محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، منشورات مكتبة النهضة ،ج الثاني ، بغداد ، دون ذكر تاريخ النشر ، ص3-4 .

أما إذا جاءت بالولد بمضي ستة أشهر فإن النسب يثبت لزوجها أقر به الزوج أو سكت وليس له أن ينفيه الا بشرطين :-اولها أن لايكون منه إقرارسابق بنسبه ولو كان ضمنيا - ثانيا أن يلعن زوجته على نفي الولد (1) أما اذا ولدته بعد مرور مدة أقل من سنة من الطلاق والأفتراق أو الوفاة فإنه ينسب لزوجها (مطلقها ، أو زوجها المتوفي) اما لو ولدته بعد مرور أكثر من سنة فلا ينسب اليه (2)

تأييداً لذلك قضت محكمة التمييز الأتحادية في قرار لها بأنه (.... يثبت نسب الطفل للمدعي إذا كانت ولادته ضمن المدة القانونية المحدودة للحمل و ضمن المدة المقبولة شرعا بعد أيقاع الطلاق الرجعي بين الأم والأب و ذلك تطبيقا للقاعدة الولد للفراش ولايغير من ذلك ماورد بتقرير معهد الطب العدلي) (3).

وفي قرار اخر لها تقول (إن الولد لا ينسب الى الزوج لأن ولادته أكثر من مدة الحمل ..... ويدل على أن الزوجة قاربت رجلا اخر) (4) وفي سياق متصل تقول محكمة التمييز الأتحادية في قرار لها (... أن لدى التدقيق والمداولة وجد أن عقد زواج الأبوين الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في حي الزهور بالعدد (...) في 24 / 1 / 2008 وبعد تطبيق تاريخ عقد الزواج مع تاريخ ولادة الطفل (ح) الذي ثبتته المحكمة و هو 30 / 6 / 2008) يكون عمره أقل من ستة أشهر ... حيث من شروط إثبات النسب بالنسبة للأولاد أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .... لذا كان المتعين عرض الطفل (ح) على اللجنة الطبية لتقديرعمره . فإن جاء التقرير بأكثر من مدة ستة أشهر على تاريخ عقد الزواج وعدم تعارضه مع تولد شقيقه الاخر تصدر حكمها بذلك . وإن جاء تقديره أقل من ستة أشهر على تاريخ عقد الزواج فلا يصح إثبات النسب على ضوء تقرير تاريخ عقد الزواج ...). (5)

أما أقصى مدة الحمل فقد إختلف الفقهاء فيه إختلافا كبيرا أما الأطباء المشاركون في الدورة الحادي عشر لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة أبدوا رأيا موثقا مفاده : استحالة أستمرارمدة الحمل اكثر من سنة (6).

1-أحمد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص 349

2-القاضيان محمد حسن كشكول و عباس السعدي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مكتبة القانونية ، بغداد، دون ذكر تاريخ النشر ، ص205 .

3-القاضي عدنان مايح بدر ، الأجراءات العملية لدعاوي الأحوال الشخصية ، المكتبة القانونية ، 14 / 3 / 2012 ا ، بغداد 2019 ، ص52 رقم القرار171 / شخصية أولى / 2011 في ، .

4-القواعد والضوابط الفقهة في الحقوق الزوجية ، المؤلفان القاضي الدكتور عبد الغفار محمد اسماعيل و أحمد عبدالغفار محمد، رقم القرار 133 1985 في 2 / 2 /1985 مكتبة السنهوري –بيروت ، ص254 .

5-القاضي ربيع محمد الزهاوي ، عالم دعاوى محاكم الأحوال الشخصية ، رقم القرار (7) طعن لمصلحة القانون التسلسل (5) في 15 / 2 م 2012 ، مكتبة السنهوري ،ط الثانية ، بغداد 2014 ، ص1040 .

6- د. وهبة الزحيلى ، فقه الإسلامي و أدلته ، ج. الثامن ، ص819-820

.ثالثا / أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا (1) ويتحقق التلاقي بتحقق الأمرين الأول: أن يكون الأتصال الجسدي قد حصل بين الزوجين ، فإذا تم عقد الزواج عن طريق الوكالة ولم تتهيأ الفرصة لأجتماعهما بعد ففي هذه الحالة لايثبت ولد الزوجة الى زوجها.

الثاني أن يكون كل من الزوجين صالحا للإنجاب: فإذا كان الزوج مصابا بالعنة أو بأي علة تناسلية يستحيل بوجودها الأتصال بالنساء فإن النسب لا يثبت (2)

أما موقف القانون العراقي فقد أخذ بالأتجاه الثاني واشترط أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا . تأييدا لذلك قضت محكمة التمييزالاتحادية في قرار لها بأنه (إذا كان المدعي عليه يعاشر المدعية معاشرة الأزواج ويساكنها في مسكن واحد فينسب الأولاد الذين يولدون خلال فترة المعاشرة الى المدعي عليه) (3)

وفي قرار اخر لها تقول (.....ان الحكم بنسب الأطفال من والدهم بعد أن ثبت نسبهم من الفراش وهو الأصل في ثبوت النسب والمراد بالفراش هو الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة ومن حملت وكانت حين حملها زوجة يثبت نسب حملها من زوجها الشرعي حيث حملت بغير حاجة الى بينة منها أو إقرار منه . وهذا النسب يعتبر شرعا ثابتا للفراش .....) (4)

والملاحظ على نص المادة (51) من قانون الأحوال الشخصي العراقي أنها لم تحدد مدة الحمل وكان الأجدر بالقانون العراقي أن يحدد بصورة واضحة و ملائمة مع معطيات هذا العصر أقل مدة الحمل و أقصاها بنص صريح (5)

1-القاضي أياد أحمد سعيد الساري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المكتبة القانونية ، بغداد، ط الأولى 2021 ، ص181 . و

2- هناك ثلاثة أتجاهات في الفقه الأسلامي بهذا الخصوص فذهب الحنفية . الا أن العقد الصحيح وحده سبب في ثبوت النسب الولد ولو لم يلتق الرجل بالمرأة قط. أما عند الشافعية والمالكية يشترطون أن يكون الدخول ممكنا . فإذا ثبت أنه غير ممكن فإن النسب لايثبت و كذلك إذا ثبت أنهما لم يتلاقيا قط ولم يكن في الأمكان تلاقهما أما عند شيخ الأسلام أبن تيمية و أبن القيم فإن النكاح الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقي للتفصيل ينظر الأمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، ط الثانية 1948 ، ص387-388 .

3-القاضي ابراهيم المشاهيدي ، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز ، رقم القرار 229 / شخصية 1976 في 16 / 3 م 1976 ، مطبعة أسعد ، بغداد 1989 ، ص258 .

4- القاضي ليث راسم هندي ، الزبدة في قضاء الأحوال الشخصية ، ط. الثانية ، مكتبة زاكي – بغداد ، 2021 ، رقم القرار 328 / الهيئة الموسعة / 2017 في 21 / 2017 .

5-نصت المادة (42) من قانون الأسرة الجزائري المعدل على أنه أقل مدة الحمل (6) ستة أشهر و أقصاها (10) عشرة أشهر . ونصت الماده 100 من قانون الاحوال الشخصية السوداني بأنه (أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأكثرها سنة).

أما بخصوص إثبات نسب ولد الزنا وهو الذي جاء عن طريق علاقة جنسية غير شرعية فقد أختلف الفقهاء بخصوصه على قولين اثنين قول يمثل الأصل وهو عدم ثبوت هذا النسب و قول يمثل الإستثناء في مقابل الأصل وهو ثبوت هذا النسب بضوابط و شروط معينة (1).

فقد أخذت محكمة تمييز أقليم كوردستان بالقول الثاني وأجازت إثبات نسب ولد الزاني حيث تقول في قرارلها (....وجد أن الحكم غير صحيح و مخالف للشرع و القانون ذلك أن المحكمة ركنت في أصدار قرارها بدعوى المدعية من إثبات نسب طفلها الى المدعي عليه بأعتباره ولد الزنا تيمناً بالحديث الشريف " الولد للفراش وللعاهر الحجر " دون ملاحظة بأن الحديث ... أعلاه يكون تطبيقه في حالة ما إذا وجد صاحب فراش ينازع في نسب الولد والذي يكون المانع من إثبات نسب ولد الى أبيه و طالما أن ذلك غير متحقق لذا لامانع من سماع الدعوى مع وجود القرائن والإمارات الظاهرة التي تدل على أن الولد خلق من ماء الزاني (...) كما ثبت ذلك بالحكم الجزائي ..... وفق المادة (399) من قانون العقوبات بأن المدعي عليه زنا بها بوعد الزواج ولكنه لم يتزوجها وهذا يثبت وقوع الزنا من المدعى عليه والتطبيقات في مثل هذه الحالة يجيز العمل بالبصمة الوراثية (DNA) لإثبات الأبوة الحقيقة للمدعي عليه للطفل (2).

1- ذهب جمهور الفقهاء الى أن أبن الزنا لاينسب لأب سواء أقر به الزاني أم لم يقر سواء ثبت أبوته بوسائل النسب التقليدية أو بالبصمة الوراثية .بينما ذهب إبن تيمية و إبن القيم و بعض المالكية وأخرون الى ثبوت نسب أبن الزاني للزاني مطلقا متى عرفنا أنه من مائه أو أقر به سواء أقام عليه الحد أم لا وسواء تزوج من المزني بها أم لا وذهب الأمام أبو الحنيفة و محمد بن الحسن الى أن أبن الزنى ينسب الى الزاني أن تزوج بالمزني بها وهي حامل أما أن لم يتزوجها حتى وضعت ، أو كان الحمل ليس منه فلا ينسب للأب وإنما ينسب الى أمه التي ولدته ، للتفصيل ينظر د. محمد الشناوي ، البصمة الوراثية و حجتها في الأثبات الجنائي ، القاهرة 2010 ، ص215-216 و ما بعدها .وينظر كذلك د.امين حسين يونس ،أثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية ، دار الثقافة ، ط1 ، الأردن ، 2010 ، ص172-173 .

2-رقم القرار 109 / الهيئة الأحوال الشخصية / 2017 في 26 /2 / 2017 ، قرار غير منشور .

الفرع الثاني

الإقرار

تعد هذه الطريقة الثانية من طرق ثبوت النسب ويقصد بمصطلح الأقرار بالنسب أنه " اخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص اخر "(1) والمقرر شرعا وقانونا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر (2) فإقرار الأنسان على نفسه مقبول والمرء مؤخذ بإقراره فلا يتعدى أثر الاقرار الى غيره الا إذا صدقه ذلك الغير أو قامت البينة على صحة الإقرار ، فلا يتعدى أثره الى غيره لقصور ولاية المقرعلى غيره فيقتصر أثر الإقرار على المقر نفسه (3) و الإقرار إما يكون بلفظ صريح أو بلفظ ضمني أو دلالة و قد تكون مكتوبا

فقد تطرق المشرع العراقي الى الإقرار بالنسب في المواد (52-53-54) والإقرار بالنسب نوعان :

أ- الإقرار المباشر بالنسب

وهو الإقرار بالنسب بين الأب والأم و الولد واسماه البعض بالأستلحاق ولكي يصح هذا الإقرار وينتج أثره فإنه يشترط لصحته جملة من الشروط

1-أن يكون المولود "المقرله " مجهول النسب .

2-أن يولد مثله لمثله .

3-أن يصادقه الولد (المقر له) إن كان مميزا أهلا للتصديق أما إذا كان المقرر له غير مميز فلا يتوقف الإقرار بنسب على تصديقه (4) لأن الإقرار بالنسب فيه نفع لمقرله إذا توافرت شروطه الأخرى

وقد نصت الفقرة (5) من المادة (52) من القانون الأحوال الشخصية العراقي على ذلك بقولها (الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب إذا كان يولد مثله لمثله).

1-د. محسن ناجي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط الأولى ، مطبعة الرابطة ، بغداد، 1962 ، ص376 .

2-ينظر مواد (59-67) من قانون الأثبات العراقي رقم 107 لسنة 1976.

3-د.عباس عبودي ، شرح قانون الإثبات ، مكتبة السنهوري ، بيروت 2017 ، ص171 . وينظر د. عصمت عبدالمجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، مكتبة السنهوري ، بيروت 2018 ، ص 242-245 .

4-عمر عبدالله ، أحكام الشريعة الأسلامية في الأحوال الشخصية ، دار المعارف ، ط ألخامسة 1969 ، ص542 .

ويجوز إثبات النسب بإقرار الوكيل إذا كان لديه تفويض خاص بذلك وقد ذهبت محكمة التمييز الإتحادية الى ذلك في قرار لها (إن الإقرار بالنسب من الأمور الشخصية البحتة التي لايجوز ممارستها الا بموجب تفويض خاص) (1) وفي قرار اخر لها تقول (إقرار الشخص بالوكالة العامة المصدقة من كاتب العدل بأنه وكل إبنه يعتبر إقرارا ببنوة الوكيل من الموكل) (2)

أما إقرار المرأة بأن فلانا أبنها من زوجها فلا بد من أن يصادقها الأب فإن لم يصادقها الأب جاز بها إثبات نسب الولد من فراش زوجتها منه بالبينة فإن لم يكن لديها بينة جاز لها تحليفه اليمين .

ب- تحميل النسب على الغير

وهو أن يقر الشخص لأخر بأنه إخوه أو عمه أو إبن عمه وحيث أن الأخوة والعمومة والبنوة لإبن الإبن لا تثبت الا إذا أثبتت بنوة المقر له لأبي المقر له أو لجده أو للأبن المباشرة وفي مثل هذه الاحوال لا يثبت النسب بين المقر له بالنسب وبين من حمل عليه النسب الا بتصديقه أو بأقامة البنية على ذلك وإلا ظلت العلاقة قاصرة بين المقر والمقر له فقط (1) ونصت المادة (54) من قانون الأحوال الشخصية على أنه (الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقرالا بتصديقه).(3)

1-القاضي عدنان مايح بدر ، حيثيات الدعوى الشرعية ، رقم القرار (482) شخصية أولى ، 2008 ، في 25 / 2 / 2008 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2018 ، ص50 .

2-القاضي شاكر محمود النجار ، قواعد المرافعات والإثبات في دعاوى الأحوال الشخصية ، مكتبة الصباح ، ط الأولى ، بغداد 2000 ، ص53 .

3-علي عبد العالي الأسدي ، المرجع الجامع في أحوال ألشخسية ، المكتبة القانونية ، ط . الأولي ، بغداد ، 2021 ص429

الفرع الثالث

البينة

تعد الشهادة الطريقة الثالثة لثبوت النسب ، فإذا لم يكن للنسب فراش يثبت به أو إقرار، تعين إثباته بوسيلة أخرى هي إقامة البينة عليه والبينة هي أسم لما يبين الحق ونظيره ، وهي تارة تكون بالأيمان وتارة تكون بالشهود وجمعه البينات وسموا بذلك ، لأن بهم يتبين الحق (1)

والبينة لها معنيان المعنى العام وهوالدليل أيا كان، كتابة أو شهادة أو قرائن، والمعنى الخاص وهو شهادة الشهود دون غيرها من الادلة. وكانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب وكانت الأدلة الأخرى من الندرة الى حد أنها لا تذكر الى جانب الشهادة فانصرف لفظ " البينة " الى الشهادة دون غيرها ونقصد بالبينة هنا معناها الخاص وهي الشهادة (2) والمقصود بالشهادة في الاصطلاح (هي الأدلاء أمام المحكمة أثناء المرافعة وبعد أداء اليمين بمعلومات بموضوع الدعوى حصل عليها الشاهد بحواسة الخاصة) (3)

ونصاب الشهادة التي يثبت بها النسب لا بد أن تكون كاملة عند الحنفية وهي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين وعند الجعفرية شهادة رجلين ولا تقبل شهادة النساء منفردات أو منضمات الى الرجال (4) وفي فقه الحنفي والإمام حنبل في احدى الروايتين يجوز شهادة إمرأة واحدة في كل مسائل لايطلع عليها الا النساء كالبكارة والولادة وعيوب النساء والحيض والعدة والأستهلال وهو إرتفاع صوت الصبي حين الولادة ، كما يثبت بشهادة القابلة وحدها تعين المولود (5)

1- د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، جزء السادس ، ص433

2-د.عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط الثالثة ، بيروت – لبنان ن 2011 ، ص311 .

3- القاضي حسين خضير الشمري ، دور الشهادة في الأثبات المدنى ، مكتبة السنهوري ، ط . الأولي ، لبنان – بيروت 2016 ، ص22

4- القاضي أياد احمد سعيد الساري ، الموسوعة الشرعية والقانونية في الأحوال الشخصية والأوقاف ،مكتبة القانونية-بغداد ـ ط. الثانية 2017-2018 ،ص383

5-حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، الشهادة ، ج الثاني ، دون ذكر مكان النشر، 1951 ، ص 262-263 . وينظر كذلك القاضي حسن حسين جواد الحميري ، الإثبات المدني في الشهادة ، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية ، ط الأولى ، 2020 ، ص31-32 .

لم ينظم قانون الأحوال الشخصية العراقي الشهادة بوصفها طريقا لإثبات النسب مثل نصه على الفراش و الإقرار فيما عدا اشارته الواردة في المادة 52 / 2 المذكورة انفا . لذلك لابد أن نرجع الى القواعد العامة في القانون الإثبات العراقي لتعرف الشهادة بوصفها أحد طرق إثبات النسب ، كذلك فإن القاضي يرجع في هذا الأمر الى قواعد الشريعة الإسلامية بخصوص نصاب الشهادة في إثبات النسب (1)

و إذا كان الاصل في الشهادة أنه لايجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو بالسمع بنفسه الا أن الفقهاء إستثنوا من هذا الاصل مسائل عدة منها النسب فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع من الناس وإن لم يعاين الشاهد بنفسه و هذا الاستثناء ضرورة دعت اليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة لما في ذلك من رفع الضرر وعدم تعطيل الأحكام . فإذا راى شخصا رجلا و أمرأة يسكنان بيتا واحدا ويعاشر كل منهما الاخر معاشرة الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته (2).

نحن نقول إذا كانت الشريعة الإسلامية أخذت بالشهادة بالتسامع في إثبات النسب فكيف لا يعتد بتقرير أو بنتائج تحاليل البصمة الوراثية في إثبات النسب وهو يساند الشهادة بدليل مادي محسوس عرف بقوته وقطعيته من الناحية العلمية !؟

1- ينظر المواد 76 -97 من قانون الإثبات العراقي

2- عبدالرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج الثاني ، الطلاق و إثارة ، ط . خامسة ، دمشق 1978 ، ص22 .

الفرع الرابع

القيافة

هي إلحاق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهما والقائف هوالذي يعرف النسب بفراسته ونظره الى أعظاء المولود (1)

فبعد عرض ادلة أثبات النسب وبيان حجية كل واحد منها من الناحية الشرعية والقانونية لابد لنا ان نوضح كيفية الترجيح بينهما في حال تعارض دليلين من بين هذه الأدلة فمن الناحية الشرعية يقدم الفراش على الشهادة وتقدم الشهادة على الأقرار ويقدم الاقرار على التسامع واذا كان دليلان متعارضان لهما نفس الحجية فقد اختلف الفقهاء القدماء والمعاصرين في حكم هذه المسألة الى قولين.

الأول ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى الأخذ بالقيافة عند تعارض بين الدليلين أو عند عدم توفر الدليل الأقوى منها أو بالقرعة عند بعضهم عند اختلاف القائفين وبالبصمة الوراثية عند الفقهاء المعاصرين قياسا على القيافة وهذا الرأي مجمع الفقهي الاسلامي. (2)

الثاني: ذهب الحنفية والزيدية والإمامية الى عدم الاخذ بالقيافة ويحكم بالولد للمتنازعين جميعاً ولكل رأي أدلته من الكتاب والسنة والقياس والمعقول وسوف نذكره لاحقا في المبحث الثاني بالتفصيل (3)

وجدير بالذكر ان المشرع العراقي لم ينص على أيه وسيلة يمكن اللجوء اليه لأثبات النسب في حالة وجود التعارض بين الأدلة لذلك يجب على المشرع العراقي ان يأخذ بالبصمة الوراثية لترجيح حالات التعارض بين وسائل اثبات النسب والتنازع النسب وكذلك لحسم الخلاف الفقهي بشأن نصاب الشهادة في اثبات النسب اخذاً بما افتى به مجمع الفقهي الاسلامي في القرار السابع.

فقد أتفق العلماء المعاصرون في هذا العصر أن البصمة الوراثية تقدم على القافة في إثبات النسب : - لأن

1- البصمة الوراثية قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية والخطأ فيه مستبعد جداً بخلاف القيافة التي تقوم على الإجتهاد والفراسة وهي مبنية على غلبة الظن والخطأ فيه وارد .

2- إن القيافة يعمل بها في مجال الإنساب فقط بخلاف البصمة الوراثية فهي تتعداها لمجالات أخرى كتحديد الجاني وتحديد شخصية المفقود اضافة الى استخدامها في المجال الطبي

1-القاضي د. عبد الغفور محمد اسماعيل البياتي و د. احمد عبدالغفور محمد البياتي ، القواعد والظوابط الفقهة في الإثبات القضائي ، دار الكتب العلمية بيروت ، 2018 ،ص 209

2- للتفصيل ينظر د. فخري أبو صفية ، فقه القضاء وطرق الإثبات ، دار الأمل ، أربد .الأردن ، 2001 ، ص167-168 وما بعدها .

3- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب الدعوى، تأليف الامام علاءالدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، تقديمه الشيخ عبدالرزاق الحلبي،ج5، ط الأولى، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، 2010، ص366-367.

3- إن القيافة تعتمد على الشبه الظاهر في الأعضاء ، كالأرجل . أما البصمة الوراثية تعتمد أعتمادا كليا على بنية الخلية الجسمية الخفية وهي تكون من أي خلية في الجسم و نتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس والواقع في القيافة يمكن أن يختلفوا (القائفين) بل العجيب أنهم يمكن أن يلحقوا الطفل بأبوين لوجود الشبه فيهما أما البصمة فلا يمكن أن تلحق الطفل بأبوين بتاتا ويستبعد تماما إختلاف نتائج البصمة الوراثية ولو قام بيها أكثر من خبير فالقياس بينهما غير وارد فهذا باب و هذا باب آخر (1).

الفرع الخامس

القرعة

هي طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثالها إذا لم يكن تعيينه بحجة وسميت السهمة : بالقرعة لأنهم كانوا يجرون القرعة بأسهام على عدد المتقارعين و عليها علامات يصطلحون على المراد بها (2).

فالقرعة أضعف طرق إثبات النسب الشرعي ولم يقبل بها جمهور العلماء، وإنما ذهب الى القول بها واعتبارها طريقا من طرق الإثبات النسب الظاهرية والمالكية في أولاد الإماء و نص الشافعي في القديم والقرعة عند القائلين بها لايصار الى الحكم بها الا عند تعذر غيرها من طرق إثبات النسب من فراش أو بنية أو القيافة أو في حالة تساوي البينتين (3) فيلجأ الى القرعة حفاظا على النسب من الضياع و قطع النزاع و الخصومة .و إثبات النسب عن طريق القرعة لايعمل به في هذا الزمان بفعل التقدم العلمي في مجال تحليل الدم و البصمة الوراثية .

1-للتفصيل ينظر المحامي حسام الأحمد، مصدر سابق ، ص70-71 .

2-الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط الأولى ، ج الثالث والثلاثون ، 1995 ، ص136-137

و د. أحمد المرضي سعيد عمر ، دراسة تحليلية لبحوث في قانون الإثبات الأسلامي ، دار الفكر العربي ، ط. الأولى ، القاهرة 2014 . ص115 .

3- عمر بن محمد السبيل ، مصدر سابق ، ص30 .

المبحث الثاني

أحكام استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في الفقه الأسلامي والقانون والقضاء

بعد أن عرفنا ماهية البصمة الوراثية و بينا الطرق التقليدية لإثبات النسب سواء في الفقه الاسلامي أو في قانون الأحوال الشخصية العراقي ، سوف نتناول في هذا المبحث بيان أحكام البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب في التشريع العراقي و بعض التشريعات العربية ، ومقارنة بالمواقف الفقهية ، مع محاولة تقصي موقف القضاء العراقي و الكوردستاني من إستخدام البصمة الوراثية في دعاوى إثبات و نفي النسب .

و تجدر الإشارة الى أن موضوع البصمة الوراثية و دورها في إثبات النسب يكتسب أهمية كبرى، حيث أصبح وسيلة علمية ضرورية و مسلم بها علمياَ وطبياَ لإثبات النسب . كما أن المشرع العراقي كغيره من التشريعات العربية أعتمد على هذه الوسيلة ولو بصورة ضمنية ضمن المادة (104) من قانون الإثبات وذلك من خلال منحه للقاضي صلاحية اللجوء الى الخبرة الطبية لإثبات النسب و نظرا لخطورة موضوع إثبات و نفي النسب و تأثيره على الولد و خاصة على الأم و الأب و المجتمع ككل بصفة عامة.

و لكون إثبات النسب و نفيه هو محل نزاع غالباَ، لذلك فإن أستخدام البصمة الوراثية في هذا المجال كان موضوع أخذ ورد و شهد الكثير من التجاذبات و الاراء بين مجيز ومانع و مقيد أستخدامها ضمن شروط معينة ، سواء على مستوى الاراء الفقهة و القانونية أو الأجتهادات القضائية لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث الى معرفة أحكام إستخدام البصمة الوراثية في دعاوى النسب ، كل ذلك من خلال المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول

إثبات النسب بالبصمة الوراثية في الفقه الأسلامي

مسألة اثبات النسب في الشريعة الأسلامية من المسائل المهمة التي تدخل ضمن المقاصد الكبرى التي جاءت الشريعة لرعايتها ، ولهذا قد تم بحث موضوع البصمة الوراثية في المجامع الفقهة بوصفها من النوازل الفقهة المعاصرة و أختلف اراء الفقهاء في تحديد إثبات النسب بالبصمة الوراثية من عدمه عليه سوف نبحث في هذا المطلب موقف الموقف الأسلامي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين المؤيد و المخالف كما نبين مكانة البصمة الوراثية من بين الوسائل التقليدية لإثبات النسب ومكانته من اللعان في نفي النسب ومن ثم نبين موقف مجمع الفقه الإسلامي بهذا الخصوص كل ذلك من خلال أربعة فروع :

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

إختلف الفقهاء بخصوص إثبات النسب بالبصمة الوراثية وبرز رأيان

اولا / الرأي القائل بعدم جواز اثبات النسب بالبصمة الوراثية

ذهب فريق من الفقهاء ولجنة الفتوى في وزارة الأوقاف الكويتية (1) في فتواها رقم (54) لسنة 1996 وذلك تخريجا على مذهب الحنفية و الامام مالك في رواية عنه في غير ملك اليمين و العتبرة من الزيدية و الأمامية من أنه لايجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية و ذلك تأسيسا على عدم جوازاثبات النسب بالشبهة أو بالقيافة (2)

أستدل أصحاب هذا الرأي على عدم جواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية تخريجاَ على مسألة القيافة بالأدلة النقلية و العقلية ومنها :-

أ- الكتاب :قوله تعالى (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ۚ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولً) (الأسراء اية 36)

وجه الأستلال ان الله سبحانه و تعالى نهى عن أتباع الحدس و الظن وهو في اللغة اتباع الأثر والذي به سميت القافة و لتتبعهم الاثار وهو مأخوذ من القفا كأنه يقفوالأمورالقيافة مبنية على الحدس و الظن وهذا منهى عنه بلفظ الاية. (3)

ب- السنة : أستدل القائلون بهذا المذهب بالسنة الشريفة بعدد من الأحاديث منها ذكر(الشيخان في صحيحهما عن عائشة (رضي الله عنها) انها قالت : أختصم سعد بن أبي وقاص ، فقال سعد: هذا يا رسول الله أبن أخي عتبة بن أبي وقاص ، عهد الي أنه إبنه ثم الى شبهه، وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ، ولد على فراش أبي من وليدته فنظررسول الله (ص) الى شبهه فرأى شبهاَ بيناَ بعتبة فقال "هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش و للعاهر الحجر"واحتجبي منه يا سودة بنت زمحة (4)

1-حيث جاء فيها (أن البصمة الوراثية ان كانت قطعية الدلالة على مضمونها فإنه يجوز الحكم بها لنفي النسب دون أثباته من الأب ، لأن تطابق الجينات الوراثية بين الأبن و أبيه ، قد ينتج عن علاقة غير مشروعة – سفاح – و بالتالي لاتكون دليلا لأثبات النسب أما أذا لم تكن قطعية الدلالة ، فلا يجوز الأخذ بها في أثبات النسب ولا نفيه) .ينظر في هذه الفتوى د. سالم خميس على الظنحاني ، ،حجية البصمة الوراثية في الأثبات الجنائي ، المركز القومي للأصدارات القانونية ط الأولى ، قاهرة ، 2014، ص158 .

2-الأمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوتار شرح منتقى الأخبار، جزء السابع ، دار الفكر ، بيروت لسنة 1973 ، ص80-81

3-خليفة الكعبي ، مصدر سابق ، ص342 .

4-أخرجه البخاري في صحيحه ، رقم الحديث 6749 ، "باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة" . صحيح البخاري ، أبي عبدالله بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ، ترقيم و ترتيب شيخ محمد فؤاد عبد الباقي ، مكتبة الفا ، ط الأولى ،2008 ، ص806 . وأخرجه المسلم في صحيحه ، رقم الحديث 3598 -1457 ، باب الولد للفراش و توقي الشبهات . صحيح المسلم للأمام مسلم بن الحجاج النيسابوري ، رقمه الشيخ خليل مأمون الشيحاء ، دار المعرفة ، ط الثانية ،

2007 ، بيروت – لبنان ، ص663. وينظر في شرحه لأمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، فتح البارى شرح صحيح البخاري جزء الثاني عشر ، طبعة الثالثة ، دار الفيحاء ، ديمشق ، لسنة 2000 ص39-40 (باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة)

وجه االإستدلال :- دل هذا الحديث بمنطوقه الصريح على إثبات النسب بالفراش مع وجود ما يخالف ذلك ، و هو شبه الغلام بغير صاحب الفراش لكن النبي (ص) لم يعتمد بذلك ، بل أثبت النسب لصاحب الفراش أعمالاً للأصل (الولد للفراش وللعاهر الحجر) (1) أي أن ثبوت النسب لايكون الا بطريق الفراش و لا يصح أثباته بوسيلة أخرى كالبصمة الوراثية .

3-المعقول : - أستدل الحنفية على عدم حجية القيافة بأكثر من وجه من المعقول .

1- أن عناية القيافة إثبات المخلوقية من الماء و أثبات النسب محسور في الشرع بالفراش و ليس لصاحب الماء و على ذلك فلا تكون القيافة حجة خاصة و أن القيافة تقوم على التخمين وهي في حكم الكهانة و الجاهلية .

2- أن الله عز وجل شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف ، فلوكان قوله حجة لأمر بالمصير اليه عند عدم الدليل ووجود الأشتباه (2) .

1- -عمر بن محمد السبيل ، مصدر سابق ، ص62-63 .

2-د.سعدالدين مسعد الهلالي ، مصدر سابق ، ص202 .

ثانيا / الرأي القائل بجواز إثبات النسب بالبصمة الوراثية

و به قال مجمع الفقه الأسلامي التابع لرابطة العالم الأسلامي (1) و دار الأفتاء المصرية (2) والندوة الفقهة بالمنظمة الأسلامية للعلوم الطبية (3) وهو موقف جل الفقهاء المعاصرين منهم السادة د.نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية السابق د. على محي الدين القرداغي (4) و د. سعدالدين مسعد الهلالي (5) و د. عمربن محمد السبيل (6) و د. وهبة الزحيلي (7) و الاخرون تخريجا على ما ذهب اليه المالكية والشافعية و الحنابلة والظاهرية من جواز أثبات النسب بالقيافة .

وأستدل القائلون بجواز أثبات النسب بالبصمة الوراثية بالكتاب بالسنة والقياس و الأجماع وغيرها:

1-السنة

روى الشيخان بسندهما عن عائشة رضي الله عنها قالت ان رسول الله (ﷺ) دخل علي مسروراَ تبرق أسارير وجهه فقال " الم تري أن مجزرا نظرأنفاَ الى زيد بن حارثة و أسامة بن زيد فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض " (8) ففي عهد الرسول كان بعض الناس يشكون أن يكون أسامة أبنا لزيد بن حارثة وذلك لأن أسامة كان أسود اللون و زيد بن حارثة أبيض اللون ولإزالة هذه اللوثة جاء الرسول بقائف ماهر يدعى مجزر المدلجي ووضع أسامة وزيدا بعدما غط وجه كل منهما وقال له تأمل هذه الأرجل فقال القائف إن هذه الأقدام بعضهما من البعض . وجه الأستدلال أن سرور النبي (ص) بقول القائف إقرار منه بجواز العمل بالقيافة وبالتالي العمل بالبصمة الوراثية .(9)

1-ينظر القرار السابع الصادر من مجمع الفقه الأسلامي المذكور في الفرع الرابع

2- ينظر قرار دار الأفتاء المصرية بخصوص العمل بالبصمة الوراثية في أثبات النسب وذلك في قضية رقم 635 لسنة 1995 ، د. فؤاد عبد المنعم أحمد، مصدر سابق ص101-102 .

3- ينظر سعدالدين مسعد الهلالي ، مصدر سابق ، ص70 .

4-الدكتور على محي الدين القرداغي و الدكتور علي يوسف المحمدي ، فقه القضايا الطبية المعاصرة ، دراسة فقهية طبية مقارنة ، ط الثانية ، شركة دار البشائر الأسلامية ، بيروت - لبنان ، 2006 ، ص368-369 .

5- د. سعدالدين مسعد الهلالي ، مصدر سابق ، ص 204 .

6- د. عمربن محمد السبيل ، مصدر سابق ، ص260 .

7- الدكتور وهبة الزحيلي ، قضايا الفقه والفكر المعاصر ، ديمشق ، دار الفكر ، الأعادة الأولى ، 2007 ، ص427 و ما بعدها .

8- أخرجه البخاري في صحيحه رقم الحديث 6770 ،كتاب الفرائض ، باب القائف ،صحيح البخاري ، مصدر سابق ، ص808 . و أخرجه المسلم في

صحيحه ، رقم الحديث 3603 ، كتاب الرضاع ، باب العمل بإلحاق الولد القائف ، صحيح المسلم ، مصدر سابق ، ص664 .

9- للتفصيل ينظر صحيح المسلم بشرح الامام محي الدين النووي (المنهاج) جزء التاسع ، ط الثانية عشر ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ص282-283 .

2- الإجماع : ما رواه مالك بن سليمان بن يسارأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (كان يليط أولاد الجاهلية بمن أدعاهم في الأسلام ، فأتى رجلان الى عمر (ر.ض) كلاهما يدعى ولد أمرأة فدعا قائفا فنظر اليهما فقال القائف: لقد أشتركا فيه ، فظربه عمر بالدرة . ثم دعا المرأة فقال أخبرني خبرك فقالت :كان هذا لأحد الرجلين يأتيني وهي في إبل لأهلها ، فلا يفارقها حتى يظن وتظن انه قد أستمربها حمل ، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماء . ثم خلف عليها هذا – تعني الاخر فلا أدري من أيهما هو؟ قال : فكبر القائف فقال : عمر للغلام : والى أيهما شئت فانتسب) (1) فقضى عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من أحد من الصحابة والتابعين والخلفاء الراشدين وهو قول موسى الأشعري و أبن عباس و أنس أبن مالك والأخرون .

3- القياس: أستدل القائلون بثبوت النسب بالبصمة الوراثية من القياس بعدة أوجه حيث يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياساً على القيافة ، بجامع الأعتماد على الصفات المتشابه بين الأباء والأبناء و هو قياس أولوي صحيح في هذا الباب وليس من القياس المساوي حيث أن القيافة تعتمد في أثباتها على النظر في الصفات الظاهرة المشتركة بين الولد والمولود ، فيكون أحتمال الخطأ في الأثبات كبير ،خلافاً للبصمة الوراثية فأنها تعتمد في ذلك على دراسة الخصائص والصفات الوراثية الخفية بالطرق العلمية والفحوصات الطبية التي يكاد ينعدم منها الخطأ وكذلك اتفق الفقهاء على جواز أثبات الوقائع بالخبرة وهي الأعتماد على رأي أهل المعرفة والمختصين في حقيقة شيء المتنازع فيه بطلب من القاضي وكذلك أجازا الفقهاء أثبات الشخصية بوسائل مستحدثة كبصمة الأصابع و توقيع الخطوط و الصورة الشمسية المأخوذة باللأنعكاس الأشعة فكان قياس البصمة الوراثية على بصمة الأصابع والخطوط والصورة قياسا جليا أو أولويا (2)

الرأي الراجح : وبعد طرح أدلة كل فريق وما أحتج به من حجج نقلية وعقلية فالرأي الراجح في مسألة القيافة هو رأي جمهور الفقهاء وعلماء المعاصرين ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي و ذلك لصراحة حديث السيدة عائشة الذي أورده أهل الحديث و فيه اقرار الرسول (ص) بقول القائف المدلجي لأنه (ص) لايقرعلى الباطل وعلى الخطأ وكما هو معروف عند المحدثين فإن أقسام السنة ثلاثة هي السنة القولية والسنة الفعلية والتقريرية . والرسول لم ينكربل فرح و سَرَ بقول المدلجي وهذا لاشك أنه إقرار منه كما عمل بها عدد من الصحابة رضي الله عنهم ولم يعرف لهم مخالف فكأن كالإجماع منهم على الحكم بها و منهم عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وقال بها التابعين و تابعي التابعين (3) .

1- الموطأ لمالك بن أنس ، رقم الحديث 1485 – 22 ، ص393 ، "باب القضاء بألحاق الولد بأبيه " بالرواية يحيى بن يحيى التيمى ، حقق أصوله وخرج أحاديثه الدكتور الشيخ خليل مأمون شحاء ، دار المعرفة ، ط الثانية ، دار المعرفة ، بيروت- لبنان ، 2008 ، ص393 .

2-د.عبد الرحمن أحمد الرفاعي ، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الأسلامي والقانون الوضعي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ،

بيروت-لبنان ، 2013 ، ص279-280

3-خليفة الكعبي ، مصدر سابق ، ص251 . و ينظر د. عمر بن محمد سبيل ، مصدر سابق ، ص26 .

الفرع الثاني

مكانة البصمة الوراثية من بين الطرق التقليدية في إثبات النسب في الفقه الاسلامي المعاصر

تكلمنا في الفرع السابق عن مشروعية العمل بالبصمة الوراثية كوسيلة يجوز الأعتماد عليها في إثبات النسب وسنتكلم في هذا الفرع عن مكانة هذه الوسيلة بين الوسائل االشرعية (التقليدية) لإثبات النسب و للفقهاء المعاصرون في ذلك رأيان

الرأي الأول :- يميل اليه أكثر الفقهاء المعاصرين (1) وبه جاءت قرارات مجمع الفقه الإسلامي (2) و مفاده أن أدلة إثبات النسب التقليدية المتفق عليها والمتمثلة في الفراش والبينة والإقرار تضل سيدة الإثبات في النسب وان وجد كلها أو بعضها فلا يجوز اللجوء الى البصمة الوراثية الا عند التنازع لأن في هذه الحال يحتكم الى القيافة لحل النزاع والبصمة الوراثية في حكم القيافة بدليل أن الطرق الشرعية التقليدية قد ثبتت بنصوص شرعية من القران والسنة واجماع الأمة . وقد أجمعت عليها الأمة من عهد النبي (ﷺ) الى يومنا هذا فكيف أن يتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تزال حتى الان في طور التجربة والأختيار ويعترف الخبراء بأحتمال أن يعثر بها الخلل من الناحية الفنية أثناء أجراء التحاليل

أما **الرأي الثاني** :- ذهب بعض الفقهاء المعاصرين الى أن البصمة الوراثية تحقق ما حققه الفقه الأسلامي من معرفته طرق إثبات النسب بل يزيد عليه وهذا ما يجعله دليلا مقدما على الأدلة التقليدية بل هي في حكم الشرط لأخذ بالأدلة التقليدية المعروفة من (الفراش والبينة والإقرار) (3)

بدليل أن ما تقدمه تقنية البصمة الوراثية من دقة في كشف الحقيقة و معرفة الأب الحقيقي في نزاع النسب يفوق بدرجات كبيرة الوسائل التقليدية الظنية والقطع يقدم على الظن لأن المقصود بالفراش عند الفقهاء هو مظنته لأن تلك العلاقة الخاصة بين الزوجين القائمة على السرية والحياء وعند العجزعن الوصول الى الأصل الى الحقيقة..... فإنه من الطبيعي أن ننتقل الى مجاز أقرب الى تلك الحقيقة وأقرب مجاز في مثل هذه الحال هو قيام حالة زوجية بالعقد عند الحنفية أو بالدخول عند جمهور الفقهاء فاعتبر الفقهاء هذه المظنة قائمة مقام الشهادة أو الوطء . لذلك يطلقون على هذه الحالة " دليل الفراش " وجعلوا مظنة الفراش فراشا و جاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية دونما كشف العورة أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين و دونما تشكك في ذمم الشهود أو المقرين أو القافة

1- خليفة الكعبي ، مصدر سابق ، ص374

2-ينظر قرار السابع الصادر من مجمع الفقه الإسلامي

3- سعدالدين الهلالي ، مصدر سابق ، ص239 .

لأن الأمر يرجع الى كشف الي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقة للصفات الوراثة للأنسان والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية و نصفها الاخر مع الأب الطبيعي فهل بعد ذلك أن نلتجيء لأدلة الظن و نترك دليل القطع ؟ ثم ان وسائل أثبات النسب ليس أمرا تعبدية حتى نتصرح من اهمالها بعد ظهور البصمة الوراثية (1)

و نحن نرى (والله أعلم) أن البصمة الوراثية دليل شرعي مستقل لإثبات النسب إذا توفرت الشروط و الظوابط اللازمة لإستخدامه ، وأنها لا تلغى الأدلة الشرعية بل تعتبر واحدة منها و بأيهما ظهر الحق وجب الأخذ به ولكن لايلجأ اليها أبتدأ ، بل يلجأ اليها عند حصول التنازع في النسب ويجب أن يكون ذلك بأمر من القاضي وفقا للشروط والظوابط الشرعية و العملية اللازمة فعند ذلك أذا أثبت نتائج الفحص القاطعة بنسب شخص لأخر و نفيه عنه فلا مجال لإنكار ذلك . بل يجب العمل بمقتضاها حتى لو تعارضت مع غيرها من الأدلة و ذلك لما فيها من القطعية واليقين كما أن البينة لم تأت في الكتاب و السنة وليست محصورة في الشهادة و الأقرار . فكل ما أظهر الحق و كشفه فهو بينة ثم أن تعريف القرينة لاينطبق على تحاليل البصمة الوراثية .

فتحليل الحمض النووي هو فحص فعلي لخلايا جسم الأنسان مباشرة و أن أحتمال الخطأ فيها هو ليس واردا من حيث (المبدأ) بل من الجهد البشري فأنه ما من طريق من طرق إثبات النسب إلا هو مظنة لحصول الخطأ فيه من ناحية العملية ، لأن الحكم في جميع الطرق المشروعة مبنية على الظن الغالب وأحتمال الخطأ في أي واحد منها وارد، كما أن أحتمال خطأ تحليلات في البصمة الوراثية قليل والخطأ قليل لا يعتد به (2) فحين البصمة الوراثية تعتمد على أساليب دقيقة تفيد القطع فينبغي أن يقدم القطعية على الظن .

1- د. عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي ، مصدر سابق ، ص 314-315 .

2-عمر بن محمد السبيل ، مصدر سابق . ص61 .

الفرع الثالث

مكانة البصمة الوراثية من اللعان في نفي النسب في الفقه الاسلامي المعاصر

أثار موضوع نفي النسب باللجوء الى الطرق العلمية جدلا فقهيا واسعا بين مرحبي بذلك و مقدما للبصمة الوراثية على الطرق الشرعية (اللعان) لنفي النسب و معارضي لأستعمالها حماية للأنساب و تأكيدا على النسب لا ينفي الا بالطرق الشرعية .

فيرى البعض منهم بأن البصمة الوراثية تحل محل اللعان لأن نتائجها يقينية إذا أثبت أن الولد ليس من الزوج ، فينتفي من الزوج بالبصمة الوراثية دون اللعان وممن قال بهذا الرأي د. محمد مختار الأسلامي و سعدالدين الهلالي والأستاذ سعد الدين الهلالي يقول تأيدا لهذا الرأي " وإذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان ؟ صحيح لايزال الحق مع الزوجة في المطالبة باللعان لنفي الحد عنها لأحتمال أن يكون حملها بسبب و طء شبهة وبهذا يظهرأن أثر البصمة الوراثية ينحصر على أنه دليل مع الزوج أو ضده فإن كان معه فلا وجه للعان إلا من أجل المرأة أن تدفع حد الزنا عنها و إن كان ضده ، وتبين أن الولد منه وجب عليه حد القذف . الا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقط (1)

في حين يرى غالبية الفقهاء المعاصرين و كذلك رأي مجمع الفقه الأسلامى على أنه لايجوز الإستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النسب ولا يقدم على اللعان . ويقول الدكتور عمر بن محمد السبيل رحمه الله" لايجوز أستخدام البصمة الوراثية في نفي نسب بمقتضى نتائجها الدالة على إنتقاء النسب بين الزوج و المولود على فراشه و كذلك لأن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة و الإجماع وله صفة تعبدية في إقامته ولا يجوز الغاء واحلال غير محله أو قياس أي وسيلة علمية مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها

غير أنه يلاحظ أن من الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي من يرى جوازالإستعانة بالبصمة الوراثية للتقليل من حالات اللــعان و أخص بالذكر الفقيهين الشيخ عمر بن السبيل و د. محي الدين القرداغي . فيرى د. عمر محمد السبيل أن الحاكم الشرعي يجدر به أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة أو إجراء الفحوصات المختبرية للبصمة الوراثية للإستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقيق من صحة دعوى الزوج أو عدمها بغرض الحيلولة دون اللعان قدر المستطاع لحض الشارع على درء ذلك ومنعه و تشوفه لأتصال الإنساب و بقاء الحياة الزوجية (2)

1-د. سعدالدين الهلالي ، مصدر سابق ، ص351-352 .

2-عمر بن محمد السبيل ، مصدر سابق ، ص41-45

وذكر د. علي القرداغي مجموعة حالات التي يمكن استخدام البصمة الوراثية فيها وذكر ذلك في حالة الثامنة (لمنع اللعان) . وذلك إذا عزم الزوج على أن يلاعن زوجته لنفي النسب ولده منه لوجود شك كبير فيه . فإنه بإمكانه اللجوء الى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك . فإذا أثبت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الأكتفاء بهذا النتيجة ، أما إذا أثبتت بأن الولد ليس منه فعليه باللعان ، بل في هذه الحالة يمكن للقاضي إذا التجأ اليه الزوج العازم على اللعان أن يجبره على إجراء اختيار البصمة الوراثية بحيث إذا ظهرت النتيجة أنه منه فلا ينبغي له اللعان و إذا ظهرت عكس ذلك فليلاعن (1)

فقد جاء قرارا كلٍ من المجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة التعاون الإسلامي بمكة المكرمة وكذا مجمع الفقه الإسلامي متوافقين مع الرأي الثاني (2) بعد عرض الرأيين الفقهين يمكن القول أن اللعان هو الطريق الشرعي لنفي النسب ، والبصمة الوراثية وسيلة علمية يتميز بالدقة يمكن أستخدامها كقرينة للتحقق من مدى صدق الزوج في دعواه لنفي نسب ولده فمثلا إذا طالب الزوج باللعان لنفي نسب ابنه و لعل الزوج يتراجع عن دعواه اذا ما بينت الخبرة الطبية أقواله ، وبالتالي تعود الأمور الى نصابها ولا ينفي الأبن عنه .

1- د. محي الدين القرداغي، فقه القضايا الطبية المعاصرة ، مصدر سابق ، ص355 -356.

2-ينظر القرار السابع الصادر من مجمع الفقه الاسلامي.

الفرع الرابع

موقف مجمع الفقه الإسلامي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

لبيان موقف مجمع الفقه الأسلامي من أثبات النسب بالبصمة الوراثية لابد لنا أن نشير الى مجموعة من الندوات و المؤتمرات التي عقدت من قبل مجموعة من العلماء و الفقهاء المسلمين المعاصرين .

ومن أهمها (الندوة الفقهية الطبية الحادية عشر) التي أعدتها المنظمة الأسلامية للعلوم الطبية بدولة الكويت و ذلك بالتعاون مع المنظمة الأسلامية للتربية والعلوم و الثقافة ، و مجمع الفقه الأسلامي بجدة و منظمة الصحة العالمية وذلك في الفترة الممتدة من 13 الى 15 اكتوبر 1998 تحت عنوان " الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني .... رؤية أسلامية " وقد شارك فيها نخبة من الكبار المتخصصين و العلماء العلوم الشرعية و الطبية و قد أشتملت تلك الندوة خمسة محاور في عشرة جلسات و كان المحور الثاني حول البصمة الوراثية (1)

وقد ركزت أبحاث تلك الندوة على أستخدام البصمة الوراثية في قضايا النسب ، وموقف الفقه الأسلامي و كذلك تطرق الى مسألة أستخدام البصمة الوراثية في المجال الجنائي والطب الشرعي . وفي الفترة ما بين

(5-10) يناير 2002 عقدت الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الأسلامي بمكة المكرمة بحضورمجموعة من كبار العلماء والفقهاء و تدارست الدورة موضوعات مختلفة من بينها البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها ، وقد قدمت حوله سبعة بحوث (2) و ما يلاحظ على هذه البحوث انها تناولت أحكام البصمة الوراثية من تعريف و تكيف الشرعي له ، كما بينت الحالات التي يفيد فيها أستخدامها و الحكم الشرعي له ، خاصة فيما يتعلق بالأستفادة منها في مجال النسب والجنايات ببيان ما يجوز من ذلك وما لا يجوز .

1-للتفصيل ينظر د. سعدالدين مسعد الهلالي ، ص70-71 .

2- وهي كالاتي : 1-البحث الأول :البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها . د. وهبة مصطفى الزحيلي

2-البحث الثاني :البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي د. علي محي الدين القرداغي

3-البحث الثالث : البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها د. نصر فريد واصل

4-البحث الرابع :البصمة في ضوء الإسلام و مجالات الإستفادة منها في جوانب النسب ، والجرائم ، وتحديد الشخصية د. عبد الستاد فتح الله سعيد

5-البحث الخامس : البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها و استخدامها في النسب والجناية د. عمر بن محمد السبيل .

6-البحث السادس : البصمة الوراثية و تأثيرها على النسب إثباتا أو نفيا د. نجم عبدالله عبد الواحد .

7-البحث السابع : البصمة الوراثية و مجالات الإستفادة منها ، دراسة فقهية مقارنة د. سعدالدين الهلالي . للتفصيل ينظر أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر لمجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي المجلد الثالث .

كما يلاحظ أن هذه البحوث كانت بمثابة التوطئة لأصدار القرار بشأن البصمة الوراثية ، و ذلك أن مجمع الفقه الأسلامي ناقش في دورته الخامسة عشر التي عقـد بمكة المكرمة بتاريخ (31 / 10 / 1998) موضوع الأستفادة من البصمة الوراثية وبعد التدارس والمناقشة قرر تشكيل لجنة و قدمت اللجنة النتيجة و التوصيات الى الدورة المجلس السادسة عشر فكانت البحوث المتعلقة بموضوع البصمة الوراثية التي انتهت بأصدار

(قرار السابع) والذي بلورة رؤية واضحة حول موقف الفقه الأسلامي من أستخدام البصمة الوراثية في مختلف النواحي التى مستها بالخصوص مجالي النسب والجرائم (1)

بنائاً على ما تقدم ذكره أصدرت مجمع مجلس الفكر الأسلامي المنبثق عن رابطة العالمي الاسلامي بتاريخ 5-10 / 1 / 2002 الميلادي قرار السابع بشأن البصمة الوراثية والمجالات الإستفادة منها (2): -

أولاً : لا مانع شرعاً من الأعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي وأعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي و لا قصاص لخبر (أدرأوا الحدود بالشبهات) ، و ذلك يحقق العدالة و الأمن للمجتمع ، و يؤدي الى نيل المجرم عقابه و تبرئة المتهم ، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة .

ثانياً : إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لابد أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة والسرية ، و لذلك لابد أن تقدم النصوص و القواعد الشرعية على البصمة الوراثية .

ثالثاُ : لايجوز شرعاُ الأعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان .

رابعاُ : لايجوز أستخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأسباب الثابتة شرعاً ، و يجب على الجهات المختصة منعه و فرض العقوبات الزاجرة ، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس و صوناً لأنسابهم .

1-د. وهبة الزحيلي ، قضايا الفقه والفكر المعاصر ، مصدر سابق ، ص427 و ما بعدها .

2- مجلة المجمع الفقه الأسلامي ، المجمع الفقه العالم الأسلامي ، العدد الثلاثون ، 2013 ، ص383-386 .

خامساً : يجوز الأعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الاتية :

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 الأشتراك في وطء الشبهة ونحوه .

ب- حالات الأشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الأطفال و نحوها ، و كذا الأشتباه في أطفال الأنابيب .

ج- حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم ، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب ، و تعذر معرفة أهلهم ، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها ، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب و المفقودين .

سادساً : لايجوز بيع الجينوم البشري الجنس ، أو لشعب ، أو لفرد ، لأي غرض ، كما لا تجوز هبتها لأي جهة ، لما يترتب على بيعها أو هبتها من مفاسد

سابعاً : يوصي المجمع بما يأتى :

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

ب- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة ، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون ، و الأطباء ، و الأداريون ، و تكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية ، و اعتماد نتائجها .

ج- أن توضع الية دقيقة لمنع الأنتحال و الغش ، و منع التلوث و كل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية ، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع ، و أن يتم التأكد من دقة المختبرات ، و أن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك . والله ولي التوفيق ، و صلى الله على نبينا محمد .

المطلب الثاني

أحكام إثبات النسب بالبصمة الوراثية في التشريع العراقي وبعض التشريعات العربية والقضاء

بعد ظهور البصمة الوراثية تعددت أستخداماتها في مجالات شتى كان أهمها اللجوء اليها لإثبات البنوة والنسب ، حيث لجأت الدول الى تنظيم هذا الإستخدام بنصوص قانونية. وهذا ما سنبينه في هذا المطلب مع بيان موقف القضاء من خلال الفروع الأتية :-

الفرع الاول

موقف التشريع العراقي من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

مضت الأشارة الى أن نتائج تحاليل البصمة الوراثية تعد من الوسائل العلمية الحديثة التي فرضت نفسها في اثبات قضايا النسب الى جانب الأدلة التقليدية السائدة . وان لم يرد نصاً صريحاً بشأن هذه الوسيلة في التشريع العراقي سواء في قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل أو في قانون الأثبات رقم (107) لسنة 1979. مع ذلك نجد ان هناك بعض النصوص التي أشارت الى امكانية استخدام هذه الوسيلة ولو بصورة ضمنية ومن هذه النصوص نصت الفقرة الثانية من المادة (52) من قانون الأحوال الشخصية على أنه "اذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتددة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه أو بالبينة "

فالمقصود بالبينة لا ينحصر بالشهود فقط بل ممكن أن تدخل البصمة الوراثية تحت مضمونها واذا كان قانون الاحوال الشخصية هو الذي ينظم أحكام النسب وطرق اثباته الا أن عدم النص على جميع الوسائل المستخدمة في اثبات النسب لا يمنع القاضي الشرعي من لجوء الى نصوص قانون الإثبات والأخذ بالمواد التي تخدم استخدام هذه الوسيلة حيث نصت الفقرة الثالثة من مادة (11) من قانون الإثبات على أنه (يسري هذا القانون على .. " أن المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية يسري عليها هذا القانون مالم يوجد دليل شرعي خاص أو نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ذلك ")

والنسب يعد من المسائل غيرالمالية في مسائل الأحوال الشخصية وكذلك لو رجعنا الى قانون الإثبات العراقي والذي يمثل الإطار العام في مجال الإثبات من الناحية المدنية أومسائل الأحوال الشخصية نجد أن المشرع قد فتح المجال أمام القاضي للأستعانة بوسائل الإثبات الحديثة والوسائل العلمية في قضايا إثبات النسب . كما إن المشرع قد جعل الخبرة من بين طرق الإثبات التي يستطيع القاضي أن يركن اليها والإستعانة بالخبرة الطبية

في الأمور العلمية والفنية حيث نصت المادة (140) من قانون الإثبات " أولا- للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها ثانيا – رأي الخبيرلا يقيد المحكمة "

كما نصت المادة (104) من قانون الإثبات على أنه " للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في إستنباط القرائن القضائية " فالمشرع من خلال هذه النص أيضا أجاز للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي بوصفها قرائن قضائية .

ويرى البعض (1) بأن هذا النص يبدو جيدا قياسا الى التشريعات العربية (2) الا أن نص المادة (104) كان محل خلاف لدى فقهاء القانون في العراق ، فبعد صدور قانون الإثبات تشكلت طاولة مستديرة لمناقشة نصوص هذا القانون و كان أحد هذه النصوص الذي صدر جدل حوله هو نص المادة (104) .

فيرى البعض (3) منهم بأن هذه المادة جاء على سبيل الجوازوليس على سبيل الإلزام فالسبب يرجع في ذلك الى عدم الدقة في تحديد هذه الوسائل لذاجعل القاضي أن يستفيد منها على سبيل الجواز واعتبرها من القرائن القضائية

في حين يرى البعض الاخر منهم (4) الى أن ما ورد في نص المادة (104) من قانون الإثبات هو مجرد توجيه جاءعلى سبيل استحياء في الأخذ بما تحقق بالتقدم العلمي، وكان يجب أن يكون من الأسس التي يقوم عليها القانون وان الأستناد الى تحاليل المختبرية والعلمية لغرض إثبات هدف من أهداف القانون فمن خلال هذا النص لم يعالج الكثير من الأمور التي فرضت نفسها في الحياة العملية

والقرينة القضائية وهو استنباط القاضي أمرا غير ثابت من أمرثابت لديه في الدعاوى المنظورة وهو دليل غير مباشريقوم على الإستنباط . وذلك بتغير الوقائع الثابتة للوصول الى الوقائع المجهولة أي أستنتاج وقائع من وقائع أخرى فلا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها بوصفها مصدراً للحق بل يقع على واقعة أخرى قريبة منها أو متصلة بها إذا ثبتت يمكن للقاضي أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها .

1- د. عباس العبودي ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، 1999 ، ص43

2-باستثناء بعض التشريعات العربية كقانون الأسرة الجزائري المعدل وقانون الأسرة البحريني وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي والتونسي التي تميل الى الأخذ بالأدلة العلمية . حيث نصت المادة (40) من قانون الأسرة الجزائري المعدل 2005 على أنه (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكحاح الشبهة أم بكل زواج تم فسخه طبقا للمواد 32 -33 -34 من هذا القانون ويجوز للقاضي اللجوء الى طرق العلمية لإثبات النسب) . كما نصت المادة (80) من قانون الأسرة البحريني المعدل رقم 19 لسنة 2009 على أنه (في حال اختلاط المواليد في المستشفيات أو حال الحوادث أو الكوارث يستعمل تحليل البصمة الوراثية لإزالة اللبس) كما نصت المادة (89) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الأتحادي رقم (28) لسنة 2005 على أنه (يثبت بالنسب بالفراش ، أو بالإقرار أو بالبينة ، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش) ونصت المادة (157) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم (36) لسنة 2010 على أنه (لايثبت نسب المولود لأبيه الا بفراش الزوجية ، أو بالإقرار ، أو بالبينة ، أو بالوسائل العلمية القطعية مع إقترانها بفراش الزوجية) وقد قام مجموعة من هذه التشريعات بتنظيم قانون خاص بخصوص البصمة الوراثية منها قانون البصمة الوراثية القطري رقم 9 لسنة 2013 وقانون البصمة الوراثية الكويتي رقم 78 لسنة 2015 .

3- القاضي ضياء شيت الخطاب ، الطاولة المستديرة ، مجلة العدالة ، العدد الثاني ، لسنة 1980 ، ص365 .

4- د. سعدون العامري ود. عباس الصراف ، طاولة المستديرة ، مصدر سابق ، ص373 .

والقرائن القضائية لا تخضع بحسب طبيعتها لأي حصر و ذلك لإختلاف الوقائع و ظروف النزاع في الحياة العملية (1) اضافة الى ذلك فان الإستناد اليها و الحكم بموجبها لا يخلومن خطر بالنظر لما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية واسعة في استنباطها و ايضا لإختلاف القضاة في تقديرهم للوسائل نتيجة لعوامل كثيرة لذا فإن القرينة القضائية تكون من أسلم الأدلة من حيث الواقعة التي تستنبط منها و أخطرها من حيث صحة الإستنباط و إستقامته (2).

لذلك فإن مسألة ترك تقدير هذه الوسائل لمحكمة الموضوع تقيد من قوة هذه الوسيلة العلمية في الإثبات فالقاعدة العامة في الإثبات بالقرائن القضائية (3) أنه مقيد فيما يجوز إثباته بالشهادة (4) في الوقت الذي أثبت فيه العلم دقة هذه الوسيلة في الإثبات وسلطة القاضي في الأخذ بالبصمة الوراثية جوازية فله أن يؤخذ بها أو يتركها حسب قناعته وهذا تقصير من جانب المشرع وأيضا جعل نتيجة أو تقرير البصمة الوراثية في حكم القرائن القضائية فيها إهدار للأنساب لأن نتائج البصمة الوراثية لاينطبق عليه وصف وأحكام القرينة القضائية وهي ليس بقرينة كما ذكرنا سابقا بل يعتبر بينة أو (دليل) مستقل تميز نتائجها بالقطعية واليقين .

وجدير بالذكر إن المشرع العراقي لم يتعرض لمسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية أو الطرق الشرعية (اللعان)، مع ذلك اعتمد القضاء على اللعان كطريق شرعي لنفي النسب اعمالا لنص (المادة 2/1) (5) من قانون الأحوال الشخصية والتي تحيل الى مبادىء الشريعة الإسلامية في كل المسائل التي لم يرد النص عليها في هذا القانون، لذلك وتحقيقا للعدالة الحقيقية ولكي تقترب الحقيقة البيولوجية مع الحقيقة القضائية ، فإنه يجوز للقاضي أن يطبق اللعان وفقا للنصوص الشرعية لنفي النسب كما يستطيع في نفس الوقت أن يأمر بأختبارات البصمة الوراثية للوصول الى حقيقة نسب الولد البيولوجي كقرينة مساعدة التي تؤيد الزوج في طلبه اللعان أو قد تدل على خلاف قوله عسى أن تجعله يعدل عن لعانه (6)

1-- د.عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، دار السنهوري . بيروت 2018 ص389 وما بعدها

2-المحامي محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، المكتبة القانونية . ج 3 الطبعة الثانية ، بغداد ، 2011 ص923

3-للتفصيل حول الإثبات بالقرائن القضائية وأنواعها و حجيتها في الفقه الإسلامي والقانون ينظر القاضي عبدالقادر ادريس الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة ، ط الأولى ، 2010 عمان ، ص70 وما بعدها وينظر كذلك قيس عبد الستار عثمان القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1975 ، ص180 وما بعدها

4- ينظر المواد (102-103) من قانون الإثبات العراقي

5- -ينظر المادة (2/1) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

6- وقد أخذ التشريع البحريني برأي الفقهاء المعاصرين الذين يرون أعتماد البصمة الوراثية لتقليل من حالات اللعان حيث نصت المادة (77) منه (يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل اجراء الملاعنة لنفي النسب) والمادة (78) التي نصت (اذا وقع اللعان حكم القاضي بنفي نسب الولد عن الرجل ولا تترتب عليه الاثار الشرعية).

لذلك ندعو المشرع العراقي الى إستحداث قانون خاص ينظم مسألة البصمة الوراثية بصورة محكمة ومفصلة على غرار قانون البصمة الوراثية القطري أوالكويتي أويعدل بعض نصوص يعالج الإثبات بالبصمة الوراثية ويحدد قيمتها الثبوتية ضمن قانون الأحوال الشخصية أو قانون الإثبات وفق ضوابط شرعية و إجرائية بشكل لايتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

الفرع الثاني

موقف بعض التشريعات العربية من إثبات النسب بالبصمة الوراثية

تعد أحكام النسب في التشريعات العربية مستمدة من الشريعة الإسلامية، ولم تتطرق معظم التشريعات العربية الى تنظيم إثبات النسب بالبصمة الوراثية بشكل صريح و مستقل ، أما بقية التشريعات التي تمكنت من الإطلاع عليها والتي تسمح باللجوء الى التحليل الجيني أو البصمة الوراثية لإثبات النسب فهي القانون التونسي و قانون الأسرة البحريني رقم (19) لسنة 2009 وقانون البصمة الوراثية القطري رقم (9) لسنة 2013 . أما بقية التشريعات العربية فهي لاتعالج موضوعا واحدا في الخبرة الطبية أو في الفحص الطبي بل جاءت مجملها بأحكام عامة يمكن أن تندرج تحتها البصمة الوراثية أو ما يوصف بالأدلة العلمية ومن ثم للقاضي أن يفسر هذه النصوص المتعلقة بالخبرة أو بالفحص الجيني تفسيرا واسعا يتفق مع التطورات العلمية (1) ومن أجل توضيح هذه المسألة بصورة أوضح سوف نبحث من خلال هذا الفرع موقف بعض التشريعات العربية من إثبات النسب بالبصمة الوراثية ومنها : -

اولا / التشريع التونسي

نظم المشرع التونسي أحكام النسب في الفصل (68) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي جاء فيها "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر " ومن واضح أن المشرع التونسي لم يشيرالى البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل الإثبات وإنما أعتمد على الطرق الشرعية لإثبات النسب وهي الفراش والإقرار و شهادة الشهود .

غير أن المشرع التونسي أجاز اللجوء الى البصمة الوراثية – التحليل الجيني من خلال القانون (75) لسنة 1998 المؤرخ في 28/ اكتوبر/ 1998 (2) بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهول النسب . فالقانون المذكور يتعلق أساسا بإثبات البنوة الطبيعية والواضح أنه يقصد بنوة الطفل المولود الذي لم يولد من علاقة شرعية.

1- ينظر المادة (40) من قانون الاسرة الجزائري رقم (11) لسنة 1984 المعدل بالقانون (05 -02) لسنة 2005 وينظر كذلك المادة (89) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الإتحادي ، رقم (28) لسنة 2005 . والمادة (157) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم (36) لسنة 2010 والقانون الطفل المصري رقم (12) لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم (126) لسنة 2008 .

2-ونص في الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم (75) الصادر بتاريخ 28/ 10 / 1998 على انه (على الأم الحاضنة لأبنها القاصر و مجهول النسب أن تستند له اسما و لقبها العائلي أو تطلب الأذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية ، و يمكن للأب أو الأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر الى المحكمة الأبتدائية المختصة للطلب اسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالأقرار أو شهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل)

ويظهرلنا من خلال هذا القرار أن المشرع التونسي لم يجز أستعمال البصمة الوراثية الا في مجال واحد وهو مجال إثبات البنوة الطبيعية اي أبناء العلاقات غير الشرعية. أما النسب الشرعي فوسائل إثباته هي التي أوردها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية بالفصل (68) المذكور أعلاه مع ذلك يعتبرالمشرع التونسي جزيئا بالنسبة لمسألة إثبات بنوة الأطفال الناتجن عن علاقات الغير مشروعة بإقراره جواز اللجوء الى التحاليل الجينية لإثبات بنوتهم (1).

ثانيا / التشريع القطري

نظم المشرع القطري أحكام النسب ضمن المواد 86- 100 من قانون الأسرة القطري رقم (22) لسنة 2006 (1) حيث جاء في المادة (86) منه بما يلي :-

" يثبت النسب بالفراش أو الأقرار أو الشهادة " و بمراجعة باقي النصوص القانونية الأخرى . لانجد أية اشارة للبصمة الوراثية لا من قريب ولا من بعيد ، مما يعنى أن المشرع القطري قد أعطى الأولوية في مسائل أثبات النسب الى الأدلة الشرعية التى جاء ذكرها بنص المادة (86) من قانون المذكور . وقد جاءت الأشارة الى امكانية أستخدام البصمة الوراثية من أجل تحديد النسب في قانون البصمة الوراثية القطري رقم (9) لسنة 2013 وبالتحديد نص المادة (3) منه واللتى جاء فيها مايلى :- للجهات المخصة بجمع الأستدلالات والتحقيق و المحاكمة الأستعانة بقاعدة بيانات البصمة الوراثية فيما يلي :-

1- تحديد هوية الشخص وعلاقته بالجريمة المرتكبة .

2- **تحديد النسب** .

3- تحديد هوية المفقودين والتعرف على ذويهم .

4- تحديد هوية الجثث المجهولة أو أى حالات أخرى تطلبها المحاكم المختصة .

و كما نصت المادة (7) منه " تعتبر البيانات اللتى تحفظ في القاعدة بيانات البصمة الوراثية ذات حجية في الأثبات ما لم يثبت العكس أي ان البصمة للاثبات النسب ولا لنفيه وللعلم فتشريع البصمة الوراثية لا يتعلق بالمسائل الأسرة فقط ، ودواعيه ترتبط أساساً بالجرائم و المجرمين . واعتبر نتائج فحوصات البصمة الوراثية قرينة القانونية قابلةُللإثبات العكس

1- ساسي بن حليمة ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، 2010 ، ص159-160 .

ثالثا / التشريع المصري :-

من خلال الأستقراء نصوص قانون الأحوال الشخصية المصرى الجديد نجد أنه يخلو من مادة تجيز الأعتماد على البصمة الوراثية بصورة عامة في أثبات النسب أونفيه والسبب فى ذلك يرجع الى أن الرأي الراجح في المذهب الحنفي قد قصر الأمر على الفراش والأقرار والبينة واللعان لنفي النسب . وأن المشرع المصري في تنظيمه للأحوال الشخصية وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية تصدر أحكامها طبقا لقوانين الأحوال الشخصية المعمول بها و يعمل فيما لم يرد بشأنه في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الأمام أبى الحنفي(1)

على الرغم من ذلك تعرض قانون المصرى لمسألة أثبات النسب في حالة وفاة المورث حيث نصت المادة (7) من قانون رقم (1) لسنة 2000 على أنه (لا تقبل عند الأنكاردعوى الأقراربالنسب أو الشهادة على الأقرار به بعد وفاة المورث الا اذا وجدت أوراق رسمية مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها امضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الأدعاء).

ويتبين من هذا النص أن هنالك ثلاثة شروط يلزم توفرها أو توفر أحدها لقبول دعوى الاقرار بالنسب بعد وفاة وهي 1-وجود أوراق رسمية تتضمن اقرار المورث بأبوته للولد .2-وجود أوراق عرفية محررة جميعها بخط المورث .3- توافر أدلة قطعية جازمة تدل على صحة بنوة الطالب ومن خلال ذكرعبارة (أدلة قطعية جازمة تدل على صحة الأدعاء) يمكن الأعتماد على نتائج فحوصات البصمة الوراثية لأثبات النسب المدعي من مورثه و يكون اثبات النسب في هذه الحالة بدليل قاطع وليس بورقة رسمية (2).

وكما تعرض المشرع المصري لهذه المسألة في القانون رقم (126) لسنة 2008 المتعلق بتعديل بعض أحكام قانون الطفل رقم (12) لسنة 1996 حيث جاء في المادة (4) منه " للطفل الحق في نسبه الى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما وله الحق في اثبات نسبه الشرعي اليهما بكافة وسائل الاثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة " (3) والواضح من هذا النص ان المشرع المصري قدحدد نطاق العمل الوسائل العلمية في النسب الشرعي فقط .

1-مادة (3) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (1) لسنة 2000

2-محمد الشناوي ، مصدر سابق ص 101 -102

3-للتفصيل ينظر قانون الطفل المصري رقم (12) لسنة 1996 و المعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008 .

الفرع الثالث

موقف القضاء العراقي من اثبات النسب بالبصمة الوراثية

يعد القضاء الجانب العملي للقانون، وهو المختبر الذي يتم من خلاله رصد الإشكالات القانونية الناشئة عن طريق القانون على أرض الواقع ولكي تعم الفائدة و تستكمل الدراسة جانبها العلمي و العملي لابد من الإستشهاد بأحكام القضاء العراقي للتعرف على موقفه بصدد أثبات النسب بالبصمة الوراثية.

فقد ذهبت محكمة التمييزالأتحادية في قرار لها الى انه(.....وجد أن الحكم صحيح و موافق للشرع و القانون حيث ثبت للمحكمة من فحوصات الدم والبصمة الوراثية (DNA) بأنها تطابق للمدعوة (ب) مع نتيجة فحص البصمة الوراثية للمدعي عليها (ف) والــدة الطفلة (ب) و تعاكست مع نتيجة فحص البصمة الوراثية للمميز عليه (ع . ن) و حيث أن الفحوصات المذكورة هي فحوصات علمية تعطي نتائج دقيقة جداُ ولايشك بها و حيث أن المحكمة قضت على ضوء ما ورد بالفحوصات المشار اليها وقضت بنفي نسب الطفلة (ب) من والدها المدعوا (ع ، ن) و ثبوت نسبها الى والدتها المدعى عليها (ف. ع . ش) فيكون حكمها صحيحا (1)

وفي قرار أخرلها يقول (إذا تبين من تقرير دائرة الطب العدلي الأولى و كذلك تقرير لجنة الأعتراضات فيها أن الطفلين (س ، ص) يعودان للمدعي عليها و لا يعودون للمدعي فـإن هذين التقريرين يصلحان دليلا لإثبات دعوى نفي النسب باعتبارهما من القرائن القضائية التي تعتبر من أدلة الإثبات الواردة في قانون الأثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل ، اذ اجازت المادة (104) من القانون المذكور للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية ، و بذلك يكون الحكم بنفي النسب صحيحاً .....) (2)

1-رحيم حرجان العتابي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية و الأحوال الشخصية . المكتبة القانونية بغداد 2019 ج2 ط. الأولى ، ص 212 . رقم القرا ر8665 /هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2018 تاريخ القرار 17 / 9 / 2018 .

2-القاضي ليث راسم هندي الزبدة في قضاء الاحوال الشخصية ، مصدر سابق ، ص284 ، رقم القرار1883 / هيئة الأحوال الشخصية و المواد الشخصية / 2019 تاريخ القرار 6 / 2 / 2019 وينظر نفس المبدأ في القرار رقم 2901 / الهيئة الشخصية الأولى / 2010 ، في 30 / 6 / 2011 ، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع / 2011 ، ص240-241 .

وفي سياق متصل يقول (.... وجد ان الحكم غير صحيح و مخالف لاحكام الشرع لان محكمة الموضوع حسمت الدعوى بإثبات نسب البنت (ز) الى المميزرغم أنه نفي نسبها اليه واعتبرت عدم حضوره لأرساله الى معهد الطب العدلي قرينة على ضعف حجته دون ان تلاحظ بأن المذكور دفع بان البنت المذكورة هي ابنة الزوج السابق للمميز عليها (ش 0ج 0 ف) الذي دونت اقواله انابة وتبين بان له من المميز عليها ايضا بنت تدعى (ز) تولد 2006 ونفي علمه بالبنت (ز) موضوعه هذه الدعوى وهي تولد 2008 لذا ولتعلق الموضوع بالحل و الحرمة و حقوق شرعية فكان المقتضى استعمال محكمة الموضوع صلاحياتها المنصوص عليها في المادتين (1و 17) من قانون الإثبات المعدل واحضارالمميزجبراً وارساله لإجراء اكمال فحوصات الدم و البصمة الوراثية) (D N A) (1)

وفي قضية مهمة تتجلى و قائعها بأنه ادعى المدعي لدى محكمة الأحوال الشخصية (.....) بان المدعي عليها (....) مطلقته و قد صدق طلاقها بتاريخ 12 / 12 / 2010 و قد ادعت ان لها ابنة تدعى (....) بأنها كانت قد استولدتها من فراش الزوجية و قد إتضح انه عقيم و لايمكن ان ينجب اي طفل من فراش الزوجية لذا طلب دعوة المدعي عليها للمرافعة و الحكم بنفي نسب الطفلة منه و بعد اجراء المقتضى القانوني و استماع اقوال الطرفين واحالتهما مع الطفلة الى معهد الطب العدلي و بعد اجراء الفحص تبين ان المدعي عقيم وليس بامكانه الأنجاب وان تقرير تطابق الأنسجة بين تعاكس العلامات الوراثية للطفلة مع نتائج فحص البصمة الوراثية للمدعي و بالتالي نفى الفحص بنوة الطفلة للمدعي و لأغراض الانسانية و الحالة النفسية للمدعي و للأدلة المتحصلة من الفحص قررت المحكمة الحكم بنفي نسب الطفلة من والدها و ثبوت نسب الطفلة من والدتها و بعد صدور الحكم قدم نائب المدعي العام طعنا لمصلحة القانون طالباً نقض القرار لكونه قد احتوى خرقا للقانون ولاهمية الموضوع الدعوى حصلت الموافقة على احالة الدعوى من هيئة الطعن لمصلحة القانون في محكمة التمييز الأتحادية على (الهيئة العامه)

(لدى التدقيق و المداولة من الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية ..... تبين ان محكمة الموضوع اصدرت حكما يقضي بنفي نسب الطفلة من والدها و ثبوت نسبها من والدتها وان المحكمة إستندت الى تقرير معهد الطب العدلي المتضمن تعاكس العلامات الوراثية للطفلة (.....) مع نتائج فحص البصمة الوراثية للمدعي (.....)

1-القاضي فلاح كريم وناس أل جحيش ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية و محكمة تمييز اقليم كوردستان (تطبيقات قانون الاثبات) ط . الأولى ، المكتبة القانونية . بغداد 2018 ص50 ،51

وبالتالي نفي الفحص بنوة الطفلة (...) للمدعي ولم تستكمل المحكمة تحقيقاتها في موضوع الدعوى على الرغم من تعلقه بالحل و الحرمة و شموله باحكام المادة (309) من قانون المرافعات المدنية اذ ان الثابت من المستمسكات المربوطة بالدعوى ان المدعي عقد على المدعي عليها بموجب عقد الزواج الصادرمن محكمة الاحوال الشخصية (...) بالعدد 95 / 2005 في 9 / 2 / 2005 وانجبت المدعي عليها الطفلة (..) بتاريخ 1 / 10 / 2008 وسجلت باسم المدعي و المدعي عليها في سجلات الاحوال المدنية (...) ثم طلقها المدعي بتاريخ 7/ 11 / 2010 خارج المحكمة و صدق بموجب قرار محكمة الاحوال الشخصية (.....) بذلك ثبت نسب الطفلة من المدعي في السجلات الرسمية والتى هي حجة على الناس كافة ما لم يطعن فيها بالتزوير م (22 / اولاً من قانون الأثبات)

كما اقر المدعي بنسب الطفلة منه بعد تسجيلها بأسمه في سجلات الاحوال المدنية و حيث ان المادة الحادية و الخمسين من قانون الاحوال الشخصية المعدل ..... اشترطت في نسب ولد كل زوجة من زوجها شرطين هما 1-ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل 2-يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً ..... وقد تحقق الشرطان المذكوران في نسب الطفلة من المدعي بالاضافة الى ذلك ان قضاء هذه المحكمة قد استقر في العديد من قراراتها و منها القرار التمييزي المرقم 1532 / شخصية اولى / 2003 في 4 / 4 / 2005 بان من ينبفي نسب الطفل ان يطلب الحاقه الى والده الحقيقي و اخيرا و هو الاهم اتفاق العلماء على ان الفراش هو الاصل في ثبوت النسب والمراد بالفراش هو الزوجية القائمة بين الرجل و المرأة فمن حملت و كانت حين حملها زوجة يثبت نسب حملها من زوجها الشرعي حين حملت من غيرحاجة الى بينة منها او اقرارمنه و هذا النسب يعتبر شرعا ثابتا للفراش ، وهو الاصل حفظا للانسان من الضياع . ولو ادعى رجل اخر زنى بهذه المرأة و أن هذا ابنه من الزنا - لم يلتفت اليه بالاجماع و ذلك لقول النبي (ص) (الولد للفراش و للعاهر الحجر) رواه البخاري فالولد ينسب لصاحب الفراش الشرعي ، فوجود الزنا لايمنع من نسب الولد لأبيه.

1-القاضي فلاح كريم وناس أل جحيش ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية و محكمة التمييز اقليم كوردستان (تطبيقات قانون الاثبات) ط . الأولى ، المكتبة القانونية . بغداد 2018 ص50 ،51

و دل أيضاً على أن العاهراي الزاني له الحجر أي : يرجم اذاً لايحق للزوج نفي النسب ان كان في فترة الحمل و الولادة أما الفحص الطبي فهو قرينة و ليس دليل يبنى عليه الحكم ، لذا فان هذه القرينة ان لم يتبعها اعتراف فلا يبنى عليها الحكم ما دامت الزوجية قائمة فلا يصار الى الفحص الطبي لان الحديث النبوي الشريف قد حسم الامر بأن الولد للفراش ..... و لما تقدم تكون دعوى المدعي واجبة الرد..... و صدر القرار بالأتفاق بالنسبة لقبول الطعن وبالأكثرية موضوعا في 27 / 3 / 2016 م (1)

بعد كل هذا العرض لاحكام القضاء العراقي يتضح ان المشرع قد أعطى مسألة اثبات النسب أو نفيه أهمية خاصة و أن القضاء العراقي تعد نتائج فحوصات البصمة الوراثية وسيلة مشروعة من وسائل اثبات على أن لايقدم على الطرق التقليدية المتفق عليها بين الفقهاء من (الفراش ، الإقرار ، البينة) وأن لا يعارضها ويدخل في باب القرائن القضائية و قد تكون قرائن قاطعة و كافية في اثبات النسب .وفي حالة حصول التعارض بين القرينة القضائية وبين الأدلة الشرعية (التقليدية) والقانونية فإن الأدلة القانونية والشرعية هي المرجحة على القرينة القضائية . لأن الأدلة هي أعلا مرتبة من القرينة القضائية من حيث الحجية .

1- القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، دار السنهورى، بيروت- لبنان، 2017، ص718-721، محكمة الاحوال الشخصية في الاعظمية، العدد 163/ ش2012 في 2016/4/26.

الفرع الرابع

موقف القضاء الكوردستاني من اثبات النسب بالبصمة الوراثية

نظرا لحداثة تقنية DNA من جهة واعتماد القضاء الكوردستاني على الطرق التقليدية في إثبات النسب من جهة أخرى و خلو التشريع العراقي لنصوص قانونية تنظم الإثبات عن طريق البصمة الوراثية بصورة صريحة و رغم ذلك فقد أهتم القضاء الكوردستاني في الاونة الأخيرة في كثير من أجتهاداته القضائية بنتائج تحاليل البصمة الوراثية كوسيلة من وسائل إثبات النسب فنذكرعلى سبيل المثال وليس الحصر على بعض منها .

فقد ذهب محكمة تمييز في أقليم كوردستان في قرار لها (وجد أن الحكم غير صحيح و مخالف للشرع والقانون و سابق لأوانه حيث كان على المحكمة عرض المدعي على اللجنة الطبية للتثبيت مما يدعيه من الناحية الطبية ثم إجراء الفحص الطبي (DNA) لذوي العلاقة و الأولاد لتأكد من نسبهم) (1)

وفي قراراخرلها تقول (.... وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف للشرع و القانون ذلك أنه لايجوز ادخال الوالدين الذي يزعم المدعي وصول نسب الطفلة (د) لهما كأشخاص ثالثة للإستضاح وأنما يتعين أدخالهما الى جانب المدعي عليها كخصمين بعد دفع الرسم القانوني لكي يمكن إصدار الحكم بالحاق نسب ذلك البنت اليهما كما أن المحكمة أغلقت اجراء فحص تطابق الأنسجة (DNA) سيما أن الدعوى تتعلق بنفي نسب البنت (د) من والد المدعي المتوفي فإذا ما وردت النتيجة بعدم التطابق فإنها تعزز الأدلة المتحصلة وتكون القناعة أكثروبالتالي يثبت كذب اقرار مورث المدعي بالنسب لتملك الطفلة الذي ظل عليه لحين وفاته) (2)

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أنه " أدعى المدعي (....) لدى محكمة الأحوال الشخصية في (.....) بأن المدعي عليها (أ. ج . غ) هي مطلقة بموجب القرار المرقم (.....) وفي نفس الوقت هي حاملة في الشهر الرابع و أدعى بأن الطفل الذي ولدته بعد الطلاق بأسم (ث) ليس له لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بنفي النسب الطفل المذكور ..... اصدار محكمة الأحوال الشخصية حكما حضوريا قابلا للتميزيقضى برد الدعوى . ولعدم قناعة المدعي الحكم المذكور بادر الى الطعن فيه تميزا و بنتيجة التدقيقات التمييزية

1-رقم القرار 458 / شخصية / 2016 بتاريخ 17 / 8 / 2016 ، قرار غير منشور

2-رقم القرار: 282 /الهيئة الأحوال الشخصية / 2017 التاريخ 29 / 4 / 2017 / قرار غير منشور .

ينظر كذلك نفس المبدأ في القرار رقم 779 / هيئة الأحوال الشخصية / 2018 التاريخ 23 / 12 / 2018 / قرار غير المنشور

وكذلك قرار رقم (26) الهيئة العامة المدنية ، 2020 ، في 20 / 9 / 2020 ، قرار غير منشور .

صدقت الحكم المذكور بالقرار التمييزي المرقم (17 / شخصية / 2018 في 22 / 1 / 2018) ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور طلب تصحيحه..... لدى التدقيق و المداولة وجد أن محكمة الأحوال الشخصية قد أجرت تحقيقاتها في الموضوع حيث تأكدت لها أقرار المدعي عليها المطلقة بدعوى المدعي (طالب التصحيح) من حيث نفي نسب طفلها الثالث (ث) منه بل ألحقته شخص أخر غير زوجها نتيجة علاقة غرامية بينهما وأن المحكمة أدخلت الشخص الأخر كشخص ثالث في الدعوى للأستيضاح فقط والذي أقر بدوره بأنتساب الطفل له و أن إقرار الزوجة والشخص الاخر معززين بالتقرير الطبي الذي حصلت عليه المحكمة والمبين فيه بأن الصفات الوراثية للطفل موضوع الدعوى لا تمت بصلة للصفات الوراثية العائدة للمدعي الزوج رغم التحقيقات المذكورة ردت المحكمة الدعوى لسببين أولهما أن المحكمة أسست قضاءها بالرد لعدم لجوء المدعي للعان بزوجته .....والسبب الثاني الذي أوردته المحكمة في حكمها بالرد عدم اللحاق الزوج نسب الطفل في شخص معين بالذات في دعواه فإن محكمة حسنا فعلت ذلك ردها للسبب الثاني لأن القضاء أستقر على أنه في دعاوي نفي النسب يجب طلب الحاق نسبه الى شخص معين وأن أدخلته المحكمة للأستيضاح و أقر نسب الطفل له و لكن الأستيضاح لا يجعل منه أي شخص الاخر طرفا بالدعوى مالم يكن خصما يترتب على أقراره الحكم .... لذا الطالب التصحيح اللجوء الى دعوى جديدة ملحقا نسب الطفل الى شخص معين بالذات كي ينتج أثره الشرعي والقانوني ..... و صدر القراربالأتفاق في 28 / 10 / 2018 (1).

بالنتيجة نقول : أن المحاكم شرعية في إقليم كوردستان تعتمد على نتائج تحاليل البصمة الوراثية كقرينة قضائية يكمل بها القاضي قناعته الى جانب الوسائل التـقليدية الأخرى (كالفراش ، والشهادة ، الإقرار) في دعـاوى إثبات النسب . كما نلاحظ من خلال إستقراء هذه القرارات أن محكمة التمييزفي إقليم كردستان تجيز أستخدام البصمة الوراثية في دعوى نفي النسب أو بالأحرى (دعوى تصحيح النسب) لما لها من دلالة قاطعة في نفي النسب وإن لم ينظرها محاكم هذه الدعوى لوحدها بل كان في مناسبة دعوى إثبات النسب حيث لا يجيزمجمع الفقه الإسلامي الأعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب تطبيقا لذلك قضت محكمة تمييزاقليم كوردستان في قرار لها بأنه (أن فحص (DNA) قابل للتصديق و الكذب في نفس الوقت و مجلس المجمع الفقه الأسلامي أفتى بعدم اعتماد فحص (DNA) في مسائل نفي النسب وفي حالة إقامة دعوى اللعان لنفي النسب فإن هذه الدعوى تستأخر لنتيجة الفصل في الدعوى المذكورة) (2).

1-العدد:32 / طلب تصحيح / 2018 ، التاريخ 28 / 10 / 2018 قرار غير المنشور .

و ينظر كذلك نفس المبدأ في القرارات غير المنشورة منها قرار رقم 779 / هيئة الأحوال الشخصية / 2018 التاريخ / 23 / 12 / 2018 / و قرار المرقم 476 م هيئة الأحوال الشخصية / 2018 في 17 / 10 / 2018 قرار غير المنشور .

2- القاضي محمد عبدالرحمن السليفاني ، قبسات من أحكام القضاء ، مكتبة هةولير القانونية ، اربيل ، 2017 ، ص284 ، رقم القرار 150 / شخصية / 2015 في 9/ 3 / 2015 .

الخاتمة

في نهاية هذا البحث نستعرض أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلت اليها من خلال صفحات البحث، وعلى النحو الآتي:

اولا :- الإستنتاجات

1- اهتمت الشريعة الاسلامية بالنسب اهتماما بالغاً وحرصت على حمايته من الضياع والفساد والإضطراب بل اعتبر حفظ النسل (النسب) مقصداً من مقاصدها الكلية مما يدل على عظم شأن النسب في الحياة الإنسانية كافة

2- تعد البصمة الوراثية أدق وسيلة توصل اليها العلماء في عصرنا الحالي لإثبات هوية الشخص و تمييزه عن باقي الأفراد فهي عبارة عن البنية الجينية التي تدل على هوية كل فرد بعينه وهي وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقيق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، وهذه هي الميزة التي جعلتها أدق وسيلة لإثبات هوية الشخص .

3- إن المشرع العراقي لم يكن دقيقا في مسألة تنظيم النسب ومعالجتها في قانون الأحوال الشخصية، فلابد من إعادة تنظيم أحكام النسب و محاولة وضع نظرية عامة ومتكاملة، فضلا عن إكمال الثغرات والنواقص الموجودة في المواد الخاصة به. فقانون الأحوال الشخصية العراقي لم ينص على أقل مدة الحمل وهي (6) أشهر كما لم يحدد أقصاها. كما لم ينص على حالة ثبوت النسب سواء من النكاح الفاسد أو الدخول بشبهة أوالمعتدة من طلاق رجعي أو بائن أو من الوفاة .

4- اختلف الفقهاء المعاصرون بشأن مكانة البصمة الوراثية من بين الوسائل الشرعية لإثبات النسب و برز رأيان أولهما يرى أن البصمة الوراثية تقاس على القيافة فيقع في مكانتها ولكن تقدم على القيافة كونها تقوم على الحقائق العلمية القطعية بخلاف القيافة التي تقوم على الظن و التخمين ، بينما الرأي الثاني يرى أن البصمة الوراثية تحقق ما عرفه الفقه الأسلامي من الإثبات بالفراش و زيادة من يجعلها دليلا مقدما على الأدلة التقليدية و تصلح أن يكون شرطا لقبول تلك الأدلة. ونحن نرى والله أعلم أن البصمة الوراثية دليل شرعي مستقل

لإثبات النسب إذا توفرت الشروط و الظوابط اللازمة ، و أنها لا تلغي الأدلة الشرعية، بل تعتبر واحدة منها وبأيهما ظهر الحق وجب الأخذ به ولكن لا يلجأ اليها أبتداءً، بل يلجأ اليها عند حصول التنازع في النسب . ويجب أن يكون ذلك بأمرمن القاضي وفقا للشروط والضوابط الشرعية والعملية اللازمة ، فعند ذلك إذا أثبتت

نتائج الحمض النووي القاطعة نسب شخص لاخر أو نفيه عنه مع اللعان في حالة نفي النسب فلا مجال لإنكار ذلك بل يجب العمل بمقتضاها. حتى لو تعارضت مع غيرها من الأدلة و ذلك لما فيها من القطعية واليقين .

5- لاتوجد في العراق تشريعات خاصة بجسم الإنسان عامة والبصمة الوراثية خاصة سواء في الاطار الجنائي أو المدني و منها مسائل اثبات النسب أو نفيه وقد اعتبرت المادة (104) من قانون الإثبات قرار أو نتيجة البصمة الوراثية بمثابة القرينة القضائية في أثبات النسب ونحن نرى ذلك تقصيرا من جانب المشرع يحتاج للمعالجة . وأن تعريف القرينة لاينطبق على تحاليل البصمة الوراثية .فتحليل الحمض النووي هو فحص فعلي لخلايا جسم الأنسان مباشرة و أن أحتمال الخطأ فيها ليس واردا من حيث (المبدأ) بل من الجهد البشري كما لانجد في التشريعات العربية أي نص خاص يعالج قضية أثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية بصورة صريحة باستثناء قانون الأسرة البحريني وقانون البصمة الوراثية القطري. كما أجاز المشرع التونسي اللجوء الى التحليل الجيني لإثبات بنوة مجهول نسب الأطفال المهملين والبنوة الطبيعية للطفل الذي لم يولد من علاقة شرعية فقط . أما المشرع الجزائري فقد أجاز في المادة (40) من قانون الأسرة الجزائري للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب .الا أن المشرع الجزائري أهمل التنظيم الدقيق والمفصل للشروط والضوابط اللجوء الى هذه الطرق العلمية وكذلك حجيتها أمام القاضي ومكانتها بين وسائل النسب الأخرى . اذ إن كل ذلك يطرح الكثيرمن الإشكالات أمام القاضي .

6- تمييز القضائي العراقي والكوردستاني في تقرير إثبات النسب بالبصمة الوراثية بوصفها وسيلة علمية متقدمة يمكن معها الحصول الى الحكم العادل والحاسم واعتبرها قرينة قضائية. في حين نحن نرى أن البصمة الوراثية لاينطبق عليها وصف وأحكام القرينة وهي ليست بقرينة بل تعتبر بينة مستقلة الى جانب سائر الأدلة الشرعية الأخرى تتميز نتائجها بالقطعية واليقين .

7- أعتمد القضاء الكوردستاني على استخدام البصمة الوراثية وغيرها من الأدلة في الإثبات نسب الولد الطبيعي (ابن الزنا) و ذلك أخذا بما ذهب اليه بعض الفقهاء كابن تيمية وابن القيم وغيرهما من جواز اثبات

نسب ابن الزنا للزاني . إذا ولد على غير فراش و ذلك إحياءً للولد وحفاظا له من الضياع خاصة وأنه لا ذنب له فلا يؤخذ أحد بجريرة غيره .

8- ان الطريق الشرعي الوحيد لنفي النسب هو اللعان ولا يجوز أن يحل محله البصمة الوراثية ولكن يجوزالإستعانة بها كقرينة مساعدة للتقليل من حالات اللعان حيث يتجه الزوج الى إجراء التحليل فإن جاءت نتيجته بأن الولد منه فهي قرينة قد تحمل الزوج على العدول عن نفي النسب وان كانت عكس ذلك اتجه الى أجراء اللعان وبذلك تقترب الحقيقة البايلوجية مع الحقيقة القضائية .

ثانيا : التوصيات

1- نوصي بضرورة إصدار تشريع خاص ينظم أحكام البصمة الوراثية على غرار ما قام به المشرع القطري مع فارق في التفصيلات. تبين تفاصيل الإستفادة منها وتجيب على مختلف الاشكاليات التي قد يطرحها في الجانب العملي أوالقضائي ليس فقط على مستوى اثبات النسب ونفيه بل يشمل الجانب الجنائي وكل المجالات المرتبطة بها أو على الأقل إجراء بعض التعديلات والإتيان بنصوص جديدة في قانون الإثبات أو الأحوال الشخصية بخصوص إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية .

2- نوصي بتحديد أقل مدة الحمل (6) أشهر وتحديد أقصاها بسنة في المادة (51) من قانون الأحوال الشخصية تماشيا مع ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي وأسوة بقوانين بعض الدول العربية .

المصادر

1- القران الكريم

-المعاجم والقواميس

1- العلامة ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، دار الحديث ، القاهرة ، 2003

2- المنجد في اللغة والأعلام ، دار المشرق ، ط الثانية والأربعون ، بيروت ، 2007

- الكتب

1- خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهة ، دار النفائس ، ط1 ، الأردن ،2006 .

2- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي ،إثبات السب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ،رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ، قسم الشريعة الأسلامية ، 2000 .

3- د.عبدالرحمن أحمد الرفاعي ، البصمة الوراثية و أحكامها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، بيروت – لبنان ، 2013

4- عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية أستخدامها في النسب والجناية . ط الأولى ، دار الفضيلة . الرياض لسنة 2000.

5- د.حسنين المحمدي بوادي ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، منشاة المعارف، الأسكندرية 2008.

6- المحامي حسام الأحمد ، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي و النسب ، منشورات الحلبي

الحقوقية ، ط الأولى ، بيروت - لبنان ، 2010 .

7- د. على محي الدين القرداغي و د. علي يوسف المحمدي ، فقه القضايا الطبية المعاصرة ، دراسة فقهية طبية مقارنة ، ط الثانية ، شركة دارالبشائر الأسلامية ، بيروت - لبنان ، 2006 .

8- عارف علي عارف القرداغي ، مسائل شرعية في الجينات البشرية ،سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة جامعة الأسلامية العالمية بماليزية ، ط الأولى ، 2011 .

9- المستشار أحمد نصر الجندي، النسب في الأسلام و الأرحام البديلة ، دار الكتب القانونية ، مصر 2003

10- د . وهبة الزحيلي ، قضايا الفقه والفكر المعاصر ، ديمشق ، دار الفكر ، الأعادة الأولى ، 2007

11- د.عبدالكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ، مؤسسة الرسالة ، ط. الثالثة ، جزء التاسع ، بيروت – لبنان 2000 .

12- د. محمود محمد حسن ، النسب و أحكامه في الشريعة الاسلامية والقانون الكويتي ، مجلس النشر العلمي ط.الأولى ، 1999

13- د.عبدالمطلب عبد الرزاق حمدان ، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الأسلامية ، دار الفكر الجامعي ، ط الأولى ، الأسكندرية ، 2005

14- المؤلفان د.رمضان علي السيد الشربنازي و د. جابرعبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت - لبنان 2008 .

15- د. أحمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج.الأول ، الناشرالعاتك لنشر الكتب ، القاهرة ،

16- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، منشورات مكتبة النهضة ،ج الثاني ، بغداد ، دون ذكر تاريخ النشر

17- القاضيان محمد حسن كشكول و عباس السعدي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مكتبة القانونية ، بغداد

18- القاضي عدنان مايح بدر ، الأجراءات العملية لدعاوي الأحوال الشخصية ، المكتبة القانونية ، بغداد2019

19- القاضي عدنان مايح بدر ، حيثيات الدعوى الشرعية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2018

20- القاضي أياد أحمد سعيد الساري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط الأولى 2021

21- القواعد والضوابط الفقهة في الحقوق الزوجية ،القاضي الدكتور عبد الغفار محمد اسماعيل و أحمد عبدالغفارمحمد، مكتبة السنهوري – بيروت ، 2020

22- الأمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، ط الثانية 1948

23- القاضي ابراهيم المشاهيدي ، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز ، مطبعة أسعد ، بغداد 1989

24- القاضي ربيع محمد الزهاوي ، عالم دعاوى محاكم الأحوال الشخصية ، مكتبة السنهوري ،ط الثانية ، بغداد 2014

25- د. محمد الشناوي ، البصمة الوراثية و حجتها في الأثبات الجنائي ، القاهرة 2010

26- محسن ناجي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط 1 ، مطبعة الرابطة ، بغداد، 1962

27- د.عباس عبودي ، شرح قانون الإثبات ، مكتبة السنهوري ، بيروت 2017.

28- د. عصمت عبدالمجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، مكتبة السنهوري ، بيروت 2018.

29- عمرعبدالله ، أحكام الشريعة الأسلامية في الأحوال الشخصية ، دار المعارف ، ط ألخامسة 1969.

30- القاضي شاكر محمود النجار ، قواعد المرافعات والإثبات في دعاوى الأحوال الشخصية ، مكتبة الصباح ، ط الأولى ، بغداد 2000

31- علي عبد العالي الأسدي ، المرجع الجامع في أحوال ألشخسية ، المكتبة القانونية ، ط . الأولي ، بغداد ، 2021

32- د.عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط الثالثة ، بيروت – لبنان ن 2011.

33- د. فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية و دورها في الأثبات الجنائي بين الشريعة والقانون ، المكتبة المصرية الأسكندرية

34- القاضي أياد احمد سعيد الساري ، الموسوعة الشرعية والقانونية في الأحوال الشخصية والأوقاف ، مكتبة القانونية - بغداد ـ ط. الثانية 2017

35- حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، الشهادة ، ج الثاني ، دون ذكر مكان النشر، 1951

36- عبدالرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج الثاني ، الطلاق و إثارة ، ط .5 ، دمشق ، 1978

37- القاضي د. عبد الغفور محمد اسماعيل البياتي و د. احمد عبدالغفور محمد البياتي ، القواعد والظوابط الفقهة في الإثبات القضائي ، دار الكتب العلمية بيروت ، 2018

38- د. فخري أبو صفية ، فقه القضاء وطرق الإثبات ، دار الأمل ، أربد .الأردن ، 2001

39- د. أحمد المرضي سعيد عمر ، دراسة تحليلية لبحوث في قانون الإثبات الأسلامي ، دار الفكر العربي ، ط الأولى ، القاهرة 2014

40- د. سالم خميس على الظنحاني ، ،حجية البصمة الوراثية في الأثبات الجنائي ، المركز القومي للأصدارات القانونية ط الأولى ، قاهرة ، 2014

41- الأمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوتار شرح منتقى الأخبار ، جزء السابع ، دار الفكر ، بيروت1973

42- صحيح البخاري ، أبي عبدالله بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ، ترقيم و ترتيب شيخ محمد فؤاد عبد الباقي ، مكتبة الفا ، ط1 ، 2008 .

43- صحيح المسلم للأمام مسلم بن الحجاج النيسابوري ، رقمه الشيخ خليل مأمون الشيحاء ، دار المعرفة ، ط الثانية ، بيروت – لبنان 2007

44- الإمام أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، فتح البارى شرح صحيح البخاري جزء الثاني عشر ، طبعة الثالثة ، دار الفيحاء ، ديمشق ، 2000

45 - الموسوعة الفقهة الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط 1، ج الثالث والثلاثون ، 1995

46- د. صفاء عادل سامي ، حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ، منشورات زين الحقوقية ، ط الأولى لبنان ، 2013

47- صحيح المسلم بشرح الامام محي الدين النووي (المنهاج) جزء التاسع ، ط الثانية عشر ، دار المعرفة ، بيروت

48- الموطء مالك بن أنس ، حقق أصوله وخرج أحاديثه الدكتور الشيخ خليل مأمون شحاء ، دار المعرفة ، ط الثانية، دار المعرفة ، بيروت- لبنان ، 2008

49- د. سعدالدين مسعد الهلالي ، البصمة الوراثية و علائقها الشرعية ، ط الأولى ، الكويت مجلس النشر العلمي ،2000

50- القاضي محمد عبدالرحمن السليفاني ، قبسات من أحكام القضاء ، مكتبة هةولير القانونية ، اربيل ، 2017

51- المحامي محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على المواد قانون اللإثبات ، المكتبة القانونية . ج 3 الطبعة الثانية ، بغداد ، 2011

52- القاضي عبدالقادر ادريس الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة ، ط الأولى ، عمان ، 2010

53- قيس عبد الستار عثمان القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1975

54- ساسي بن حليمة ،محاظرات في قانون الأحوال الشخصية ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، 2010

55- رحيم حرجان العتابي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الأتحادية و الأحوال الشخصية . ج2 ط الأولى المكتبة ، القانونية بغداد 2019

56- القاضي ليث راسم هندي الزبدة في قضاء الاحوال الشخصية / ط. الثانية ، بغداد ، مكتبة زاكي 2021

57- ، القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، دار السنهورى، بيروت- لبنان، 2017.

58- القاضي فلاح كريم وناس أل جحيش ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية و محكمة التمييز اقليم كوردستان ، ط الأولى ، المكتبة القانونية . بغداد 2018

59- د.سعد بن حسين سعد القحطاني ، علم الخلية والوراثة ، جامعة الملك سعود . النشر العلمي و المطابع ، 2012

60- د. مصطفى الزلمي ، والأستاذ عبد الباقي البكري ، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، المكتبة القانونية ، دون ذكر سنة نشر

61- سامي حارب المنذري ، موسوعة العلوم الجنائية ، مركز بحوث شرطة الشارقة ، 2007

62- د. علاء الدين مرسي ، الأدلة الجنائية في الطب الشرعي المعاصر ، المركز القومي لأصدارات القانونية ط الأولى ، القاهرة ، 2014

63- مقدمة عن الجينات و الحمض النووي تأليف: انا كلايبورن ، ترجمة د. ليلى سعدوبالومال ، شركة نهضة – مصر للطباعة والنشر ، ط الأولى 2007

64- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و أدلته ، جزء السابع ، دار الفكر ، ديمشق 2009

65- 33- القاضي حسين خضير الشمري ، دورالشهادة في الأثبات المدنى ، مكتبة السنهوري ، ط 1، لبنان – بيروت 2016

66- المهندس. عمار محمود شاكر النعيمي العاني ، المدخل الى البصمة الوراثية و علاقتها بالأنساب ، مكتبة شمس الأندلس ، ط الأولى ، بغداد ، 2018

67- د. فاروق عبدالله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ط4 ، مطبعة يادكار ، 2020

68- د.امين حسين يونس ،أثر الزنى في مسائل الأحوال الشخصية ، دار الثقافة ، ط1 ، الأردن ، 2010

69- القاضي حسن حسين جواد الحميري ، الإثبات المدني في الشهادة ، المكتبة القانونية ، ط 1 ، بغداد 2020

70- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب الدعوى، تأليف الامام علاءالدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي، تقديمه الشيخ عبدالرزاق الحلبي،ج5، ط الأولى، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، 2010.

المجلات

1- مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع / 2011

2- مجلة العدالة ، العدد الثاني ، 1999

3- مجلة العدالة ، العدد الثاني ، لسنة 1980

4- مجلة المجمع الفقه الأسلامي ، المجمع الفقه العالم الأسلامي ، عدد الثلاثون ، 2013

متون القوانين العراقية

1- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

2- قانون الإثبات النافذ رقم 107 لسنة 1979 .

متون القوانين العربية

1- قانون الأسرة الجزائري النافذ رقم 11 لسنة 1984 المعدل بالقانون (05 – 02) / 2005

2- قانون الأسرة البحريني رقم 19 لسنة 2009

3- قانون الإتحاد الإماراتي للأحوال الشخصية ، رقم 28 لسنة 2005 المعدل .

4- قانون الأحوال الشخصية المصري النافذ رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 .

5- قانون الطفل المصري رقم (12) لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008

6- مجلة الأحوال الشخصية التونسي المعدل بالقانون رقم 75 لسنة 1998 .

7- قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم 36 لسنة 2010 .

8- قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006 .

9- قانون البصمة الوراثية القطري رقم 9 لسنة 2013 .

10- قانون البصمة الوراثية الكويتي ، رقم (78) لسنة 2015

قرارات غير منشورة (قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان)

1- قرار رقم 13/ هيئة عامة / 2016 ، في 27 / 3 / 2016

2- قرار 458 / شخصية / 2016 في 17 / 8 / 2016

3-قرار: 282 /الهيئة الأحوال الشخصية / 2017 في 29 / 4 / 2017

4- قرار رقم 779 / هيئة الأحوال الشخصية / 2018 قي 23 / 12 / 2018

5- قرار رقم (26) الهيئة العامة المدنية ، 2020 ، في 20 / 9 / 2020

6- قرار رقم :32 / طلب تصحيح / 2018 ، في 28 / 10 / 2018

7- قرار رقم 779 / هيئة الأحوال الشخصية / 2018 افي / 23 / 12 / 2018

8- قرار المرقم 476 م هيئة الأحوال الشخصية / 2018 في 17 / 10 / 2018

9- قرار 109 / الهيئة الأحوال الشخصية / 2017 في 26 /2