أ. عوادي زبير أستاذ بجامعة البويرة

الملخص:

أثبتت التجارب الطبية الحديثة أن لكل إنسان جينوماً يختص به دون سواه ، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره ، أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين . ولهذا جرى إطلاق عبارة (البصمة الوراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي ADN ، يرث الشخص شقاً منها عن أبيه والشق الأخر عن أمه. و بناء على هذا الاكتشاف العلمي طرحت عدة قضايا قانونية و شرعية حول حجية الاعتماد على هذه التقنية في مجال إثبات النسب أو نفيه بتحليل الجينات و تعارضها مع الفراش ، و بالخصوص في قضية اللعان ، جاء هذا البحث ليبين الموقف الشرعي و القانوني منها مع التكييف الفقهي لها .

Résumé :

Les analyses génétiques et les questions relatives aux conflits et à la malédiction

Desexpériences scientifiques modernes ont prouvé que chaque personne possède un génome qui lui propre, et qui ne peut pas être semblable à celui des autres, comme une empreinte digitale considérée comme l'une de ces propriétés .De sorte que les caractéristiques génétiques ne puissent pas correspondre à celles d'une autre personne, même si ' ils s'agissaient de jumeaux.

De ce fait, est venu le lancement de l'appellation : (empreinte génétique) pour désigner l'identité de la personne à partir d'un échantillon d'ADN, selon le modèle semi-conservatif une partie est héritée des gènes de son père et l'autre de sa mère

De multiples questions juridiques et celles relatives à la légitimité ont été soulevées sur la base de cette découverte scientifique à propos d'utilisation de cette technique dans le domaine de confirmation de la paternité et de l'interférence avec l'acte de mariage par l' analyse des gènes en particulier dans le cas d' Al-lian, cette recherche est venue pour

ABSTARCT :

Genetic analyzes and the issues of conflict and curse:

Modern scientific experiments have proven that each person has an own genome which cannot be similar to the others, like a digital fingerprint.Thereby, genetic features may not correspond to another person, even if they were twins.

Thus, the launch of the label: (genetic fingerprinting) to denote the identity of the person from a DNA sample in which a person inherited some of his father's genes and mother's too according to the semi-conservative model.

Multiple issues of legal and legitimate kind were raised on the basis of this scientific discovery about the use of this technique in the confirmation field of paternity and interference with the marriage certificate by the analysis of these genes in particular in the case of Al-Lian, this research came to show the legitimate and legal position with the adjustment of the laws of Islamic Law (the Chariya).

démontrer la position légitime et juridique avec son ajustement des lois de la Charia.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على إمام المرسلين :

فقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة أن لكل إنسان جينوماً بشرياً يختص به دون سواه ، لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره ، أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين . ولهذا جرى إطلاق عبارة (البصمة الوراثية) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي والتي هي عبارة عن جينات الأحماض النووية المعروف باسم (ADN) ، يرث الشخص شقاً منها عن أبيه والشق الأخر عن أمه فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كل وجه ، ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه ، وإنما جاءت خليطاً منهما ، وبهذا الاختلاط اكتسب صفة الاستقلالية عن كروموسومات أي من والديه مع بقاء التشابه معهما في بعض الوجوه ، لكنه مع ذلك لا يتطابق مع أي من كروموسومات والديه ، فضلاً عن غيرهما .

و بناء على هذا الاكتشاف العلمي طرحت عدة قضايا قانونية و شرعية حول حجية الاعتماد على هذه التقنية في مجال إثبات النسب أو نفيه و تعارضها مع الفراش ، و بالخصوص في قضية اللعان ، و هل بالإمكان الاستغناء عنه و الاكتفاء بنتائج البصمة الجينية أم لا ؟ . اختلفت نظرة علماء الشريعة و رجال القضاء حول هذا الأمر ، سنحاول أن نتطرق إليها من خلال هذا البحث :

المبحث الأول : مفهوم البصمة الجينية و مجالات الاستفادة منها :

المطلب الأول : مفهوم البصمة الجينية :

أولا – المفهوم اللغوي :

البصمة لغة : مشتقة من البُصْم ، والبُصْم : فَوْتُ ما بين طَرَفِ الخِنْصِر إلى طرَف البِنْصِر ، يقال ما فارَقْتُك شِبْراً ولا فِتْراً ولا عَتَباً ولا رَتَباً ولا بُصْما ، فالبُصْم ما بين الخِنْصِر و البِنْصِر ، والعَتَب والرَّتَب ما بين الوَسط و السبَّابة ، و الفِتر ما بين السبَّابة و الإبهام ، والشِّبْرُ ما بين الإبهام و الخِنْصِر ، و الفوْت ما بين كل أُصْبُعَيْن طُولاً . وبصم بصماً ختم بطرف إصبعه ، والبصمة أثر الختم بالإصبع ، فالبصمة عند الإطلاق يراد بها بصمات الأصابع ، وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحا مصقولاً .

و الجينية : نسبة إلى الجينات . أو الوراثية : نسبة إلى الوراثة .

ثانيا – المفهوم الاصطلاحي :

ذكر العلماء عدة تعاريف متقاربة في المعنى منها :

تعريف المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة حيث عرفها بأنها : " البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه " .

و قريب منه تعريف ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية .

- و قيل هي : " عبارة عن النمط الوراثي المتكون من التتابعات المتكررة خلال الحامض النووي ، و هذه التتابعات تعتبر فريدة و مميزة لكل شخص " .

- و قيل هي : " صورة لتركيب المادة الوراثية الحاملة للعوامل الوراثية ... أو بمعنى أدق هي صورة تتابع النيوكليوتيدات التي تكون جزيء الحامض النووي الوراثي (ADN) " . و التعريف الأخير أدق هذه التعاريف و أنسبها .

المطلب الثاني : مجالات العمل بالبصمة الجينية :

من خلال الدراسة المستفيضة التي قام بها العالم الانجليزي " إليك جيفري " عالم الوراثة بجامعة لستر بلندن تبين أن لكل شخص بصمة وراثية خاصة به تميزه عن الآخرين ، و منذ أن سجل اختراعه عام 1985 م و سماه " البصمة الوراثية " لقي هذا الاكتشاف صدى إيجابيا و قبولا كبيرا لما حمله من وسائل التحقيق و التثبت التي لا يوازيها أي وسيلة ، بل أنشئت مخابر خاصة بالبصمات الجينية ، و تكونت فرق علمية في هذا المضمار.

و يرى المختصون في المجال الطبي و خبراء البصمات أنه يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة ، ترجع في مجملها إلى مجالين رئيسين هما :

1- مجال النسب :

ذلك أن البصمة الجينية مبنية على أساس أن العوامل الوراثية في الابن لابد أن يكون أصلها مأخوذا من الأب و الأم ، و بناء على ذلك يمكن أن تؤكد يقينيا نفي نسب الولد عن رجل ما أو تثبتـه ، و من بين الحالات التي يتطلب فيها الفصل في النسب ما يأتي :

- حالات تبديل المواليد في المستشفيات حيث يحدث الخلط العمدي أو التهاون .
- الحالات التي يدعي فيها رجل فقدان ابنه منذ فترة طويلة .
- الحالات التي تدعي فيها المرأة نسب مولودها لرجل معين لإجباره على الزواج بها أو طمعا في الميراث أو النفقة .
- الحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد المجهول النسب و اللقيط .

- حالات التنازع بين رجلين على مولود من امرأة زوجة أحدهما و مطلقة من الآخر.
- عند اختلاط النسب لأطفال الأنابيب عند التلقيح الاصطناعي .
- حالات تحديد هوية الجثث المتفهمة أو المتقطعة بسبب التفجيرات أو الكوارث الطبيعية .
- كذا في حالة عودة الأسرى و المفقودين بعد غياب طويل .

2- المجال الجنائي :

و هو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جريمة قتل أو اغتصاب أو سرقة ، و في حالات الاختطاف بأنواعها ، و في حالة انتحال شخصية الغير ، و نحو هذه المجالات الجنائية .

المطلب الثالث : أنواع العينات المحتوية على البصمة الجينية :

تعتمد البصمة الوراثية على جمع عينات بيولوجية من جسم الإنسان مثل عينات الدم ، فضلات الشعر شرط وجود البصيلات فيها ، جزء ضئيل من الأظافر ، اللعاب ، المني ، الإفرازات المهبلية الجافة أو أي نسيج بشري .

- السائل المنوي : يعد مصدرا مهما لأغراض كشف جرائم العرض بصفة عامة سيما جريمة الاغتصاب
- اللعاب : يحتوي على مواد خلوية و يمكن استخلاصه من كميات قليلة من هذه العينة التي قد تكون موجودة على الجلد الآدمي نتيجة العض أو التقبيل أو اللعق .
- عينات الإفرازات الأنفية المخاطية : و التي قد توجد على الاشياء مثل الملابس الخاصة بطفل مفقود أو المناديل الموجودة بمسرح الجريمة و المستعملة من قبل الجاني .
- الأنسجة بجميع أنواعها : مثل الخلايا الجلدية
- الشعر : فهو مصدر مهم كذلك ، ذلك أن معظم الحمض النووي يوجد في بصيلة الشعر ، أي الجذور و الخلايا الموجودة بالغلاف المحيط .
- العظام :و أفضل العظام التي يصلح فحصها للحصول على الحمض النووي هي الأسنان .

المطلب الرابع : خصائص البصمة الجينية :

تتميز البصمة الجينية عن غيرها من الأدلة البيولوجية بجملة من الخصائص أهمها :

1- عدم التوافق و التشابه بين فرد و آخر ، فمن المستحيل أن تتطابق بصمة شخص للآخر إلا في حالة التوائم المتماثلة .

2- تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفت حتى الآن في التعرف على هوية الشخص إذ أن نتائجها قطعية لا تقبل الظن .

- البصمة الجينية لا تتغير من مكان لآخر في جسم الإنسان ، بل البصمة الموجودة في أي جزء تطابق البصمة الموجودة في جزء آخر.

3- قدرة الحمض النووي على مقاومة الظروف و التلوثات البيئية السيئة ، إذ أنه يقاوم عوامل التحلل و التعفن لفترات طويلة جدا ، فلا تتغير البصمة الوراثية مع مرور الزمن مما يساعد في التعرف على صاحبها حتى بعد وفاته بسنوات .

4- البصمة الجينية من الناحية العلمية وسيلة لا تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية أو التحقق من الشخصية ، و الخطأ ليس واردا من حيث هي ، و إنما الخطأ إن حصل فبسبب الجهد البشري .

المبحث الثاني : إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الجينية :

نظرا لتشوف الشارع إلى ثبوت النسب و إلحاقه بأدنى سبب ، فإن الأخذ بالبصمة الجينية في مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة ، أمر ظاهر الصحة و الجواز ، و ذلك لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة لاستنادها على علامات ظاهرة أو خفية مبنية على الفراسة و المعرفة و الخبرة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء و الأبناء ، فإن الأخذ بنتائج الفحص الجيني ، و الحكم بثبوت النسب بناء على قول الخبراء أقل أحواله أن يكون مساويا للحكم بقول القافة إن لم تكن البصمة أولى بالأخذ بها ، و الحكم بمقتضى نتائجها من باب قياس الأولى .

المطلب الأول : التكييف الفقهي للبصمة الوراثية :

ذهب العلماء المعاصرون إلى اعتبار البصمة الوراثية طريقا من طرق إثبات النسب من حيث الجملة و اختلفوا في التكييف الفقهي لها ، حيث ذهبوا فيها إلى ثلاثة مذاهب :

- **القول الأول** : يرى أن البصمة الوراثية قرينة ظنية ، لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية لأنها عرضة للخطأ ، فهي ليست من البينات المعتبرة شرعا في إثبات النسب ، بل هي قرينة تخضع لتقدير المحكمة ، و هذا الرأي معمول به في عدد من المحاكم في الدول العربية ، و قال به البعض منهم القاضي وليد العاكوم من لبنان ، و وهبة الزحيلي ، و عمر السبيل .

- **القول الثاني** : يرى أن البصمة الوراثية قرينة قطعية ، و هو قول أكثر المعاصرين منهم مفتي مصر سابقا الدكتور نصر فريد واصل ، و علي محي الدين القرة داغي ، و محمد

الأشقر ، و محمد رأفت عثمان ، و عبد القادر خياط ، و الخبيرة فريدة الشمالي ، و هو الرأي الذي تبنته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها المنعقدة بالكويت .

- **القول الثالث** : يرى أن البصمة الوراثية بينة مستقلة أو دليل مباشر ، يثبت بها الحكم نفيا أو إثباتا ، إذا توافرت الشروط اللازمة . و هذا قول بعض الباحثين منهم إبراهيم عثمان ، و عبد الرشيد قاسم ، و عباس أحمد الباز.

الأدلة :

أولا – أدلة القول الأول :

استدل القائلون بأن البصمة الوراثية قرينة ظنية بمايلي :

1- إن النظريات العلمية الحديثة مهما بلغت حدا من الدقة و الجزم بصحتها في نظر المختصين إلا أنها تظل محل شك و نظر ، فقد أثبت التقدم العلمي بطلان بعض النظريات كانت إلى زمن قريب من المسلمات ، و ما يدرينا لعل المستقبل يكشف ما يبطل العمل البصمة الجينية ، و هذا الاحتمال يقلل من اعتبارها .

المناقشة : و يجاب على هذا الدليل بأنه مجرد احتمال لا يرقى إلى درجة الشك في مصداقية التحاليل الجينية و ما تفرزه من نتائج ، و العمل بالبصمة الوراثية قد تجاوز حد النظرية إلى مرحلة التطبيق ، و هي حقيقة علمية بكل المقاييس ، و معمول بها في جميع بلدان العالم .

2- إن صيغة التقارير الطبية الواردة من المختبرات البيولوجية حيث يجرى تحليل الجينات يدون عليها عبارة : " لا يستبعد أن يكون فلان أبا لهذا الولد " أو " يستبعد أن يكون فلان أبا لهذا الولد " و هذه الصيغ توحي بالشك و عدم اليقين من النتيجة ، مما يعني أنها ليست قطعية .

المناقشة : اعترض على هذا الاستدلال بأن القصد من كلمة " يمكن استبعاده " أو " لا يمكن استبعاده " اليقين لا الاحتمال ، و هذا مصطلح دارج في المختبرات القائمة بفحوص البنوة عالميا .

3- إن رفض تحاليل الحمض النووي في قضايا النسب لأنه غير معترف بها شرعا ، و أن الأدلة الشرعية هي الإقرار و الشهود و فراش الزوجية ، إضافة إلى أن القائمين على التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين .

المناقشة : و اعترض عليه بأنه لا يوجد نص يمنع من هذه الطرق ، كما لا يوجد في استخدامها ما يعارض القرآن و السنة ، بل إن في هذه التحاليل ما يجعل الطب في محراب الإيمان ، و يزيد الإيمان بقدرة الله تعالى التي لا ينكرها إلا كافر معاند ، و قد أصبحت هذه التحاليل يقينية و صارت أدلة معترف بها عالميا .

ثانيا – أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن البصمة الوراثية قرينة لأنها دليل مادي فني يعتمد على الحس ، فيمكن تكييفها شرعا بأنها من القرائن ، و التي ذهب فريق من العلماء إلى قبولها كدليل في الإثبات . أما الدليل على مشروعيتها فهي نفس الأدلة التي يستدل بها على العمل بالقرائن عموما و منها :

- قوله تعالى في قصة يوسف – عليه السلام : (و شهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قدّ من قبل فصدقت و هو من الكاذبين و إن كان قميصه قدّ من دبر فكذبت و هو من الصادقين فلما رأى قميصه قدّ من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم) .

وجه الدلالة : أن الله تبارك و تعالى جعل شق الثوب أمارة على صدق أحد المتنازعين و كذب الآخر ، و به ظهرت براءة نبيه يوسف عليه السلام و مكيدة زوجة عزيز مصر ، و في هذا دليل على مشروعية العمل بالقرائن و القضاء بها بما فيها البصمة الوراثية .

ثم استدلوا على أن البصمة الوراثية قرينة قطعية الدلالة من الكتاب و الواقع العملي :

أ- الكتاب :

- قال الله تعالى : (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله) .

وجه الدلالة : أمر الله تعالى أن ينسب الولد لأبيه الحقيقي (الأب البيولوجي) و في قوله تعالى : (فإن لم تعلموا آباءهم) حث على البحث و التحري ، و البحث يكون بمختلف الوسائل و القرائن ، و قد كشف الله لنا في هذا العصر الوسيلة التي يمكن بها أن نتحقق من الأبوة فوجب العمل بها عملا بمقتضى الأمر الإلهي الوارد في الآية .

المناقشة : و اعترض عليه بأنه سيفضي إلى شر عظيم ، حيث سيقدم كل من شك في أهله إلى طلب إجراء التحاليل ، و هذا يهدد كيان الاسر و يؤدي إلى فساد العلاقات الزوجية .

ب- الواقع العملي :

- إن قوة الدليل في هذه التحاليل تصل إلى نسب قطعية في النفي و الإثبات ، و أن هذه التقنيات الحديثة في مجال الفحوصات المخبرية تقطع الشك باليقين في كثير من الحالات ، و

الخطأ فيها اصبح مستحيلا ، و نسبة النجاح فيها 100 % بدليل أن المحاكم الغربية في أروبا و أمريكا تاخذ بالبصمة الجينية على أنها قرينة في النفي و الإثبات ، فما المانع من الاخذ بها خاصة و أن فيها مزيدا من الضمانات للمتهمين .

المناقشة : يشترط للأخذ بالبصمة الجينية كدليل قطعي شيوعها و انتشار العمل بها ، لأنها لو استمرت عزيزة نادرة ما حازت الرضا و القبول عند الناس و لاشك أن رضاهم معتبر لاستقرار الحقوق و القبول العام بها من أهل الاختصاص . فالإثبات بواسطة « ADN »يشكل قرينة واقعية بسيطة لا تتمتع بقوة ثبوتية أعلى و أقوى من القوى الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات ، و هي بذلك لا تقيد حكم القاضي الذي يبقى حرا في اعتمادها أو رفضها « .

أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا الرأي على أن البصمة الوراثية بينة مستقلة بمايلي :

1- لم يرد في الشرع ما يقيد البينة بالشهادة و الإقرار فقط ، بل كل ما أظهر الحق و كشفه فهو بينة .

قال تعالى في قصة موسى – عليه السلام – مع فرعون : (قد جئتكم ببينة من ربكم فأرسل معي بني إسرائيل قال إن كنت جئت بآية فأت بها إن كنت من الصادقين فألقى عصاه فإذا هي ثعبان مبين و نزع يده فإذا هي بيضاء للناظرين) .

وجه الدلالة : قال ابن القيم – رحمه الله : " البينة اسم لكل ما يبين الحق و يظهره ، و من خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد و المرأتين لم يوف مسماها حقه ، و لم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان ، و إنما أتت مرادا بها الحجة و الدليل و البرهان " .

2- بما أن القرينة في الاصطلاح تعني : " استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة " فهذا التعريف لا ينطبق على فحص الحمض النووي ، لأنه ليس واقعة مجهولة مستنبطة من واقعة معلومة ، بل هو فحص لسوائل و أنسجة جسم الإنسان مباشرة ، و عليه تكون البصمة الجينية دليلا مباشرا و ليست قرينة .

الترجيح :

الذي يظهر لي – و الله أعلم – رجحان القول الثالث ، للدواعي التالية :

1- اعتبار البصمة الوراثية قرينة من القرائن ضعيف ، لأن مفهوم القرينة لا ينطبق على حقيقة البصمة الوراثية .

2- عدم حصر الشريعة الإسلامية للأدلة و البينات ، بل تشمل كل ما يظهر الحق و يبينه ، و البصمة الوراثية من أحسن الوسائل التي تظهر الحق و تبينه بما لا يدع مجالا للشك .

3- إن احتمال الخطأ في الفحص الجيني لا يمنع من اعتبار البصمة الوراثية دليلا مستقلا لإثبات النسب ، فالحقائق العلمية لا تكذب ، و إنما منشأ الخطأ – إن وجد – من الجهد البشري ، و يمكن تفاديه بإجراء التحاليل في مخبرين مختلفين أو من فريقين طبيين مختلفين فإذا تطابقت النتائج فلا مانع من الأخذ بها .

يقول ابن القيم – رحمه الله : " و جواز التخلف عن الدليل و العلامة الظاهرة في النادر لا يخرجه عن أن يكون دليلا عند عدم معارضة ما يقاومه ، ألا ترى أن الفراش دليل على النسب و الولادة ، و أنه ابنه ، و يجوز – بل يقع كثيرا – تخلف دلالته ، و تخلق الولد من غير ماء صاحب الفراش ، و لا يبطل ذلك كون الفراش دليلا " .

- إذا اعتبرنا القيافة دليلا من أدلة إثبات النسب ، و هي ظنية ، تخضع للحدس و النظر في الصفات الظاهرة ، و قد يختلف قول قائف عن آخر ، فمن باب الأولى اعتبار البصمة الجينية دليلا ، خصوصا أن نتائجها صادقة لا تخطئ ، جازمة لا تقبل الظن و التخمين ، و القطعي في جميع الاحوال مقدم على الظني .

المطلب الثاني : مكانة البصمة الوراثية بين أدلة ثبوت النسب :

اتفق العلماء على اعتبار الفراش و الإقرار و البينة أدلة لإثبات النسب ، و اختلفوا في الاعتداد بالقيافة و القرعة ، كما ذهب جل المعاصرين إلى العمل بالبصمة الجينية كوسيلة من هذه الوسائل ، غير أنهم اختلفوا في تحديد موقعها بالنسبة للأدلة الأخرى ، و عند التعارض هل تقدم البصمة الوراثية على باقي الأدلة الشرعية أم لا ؟

سنتطرق لمناقشة ذلك من خلال هذا المطلب :

الرأي الأول : إن البصمة الجينية تأخذ حكم القيافة ، و تقدم عليها الأدلة الشرعية المتفق عليها من فراش و إقرار و بينة عند التعارض ، لأن هذه الأدلة أقوى في تقدير الشرع ، و تقدم البصمة الوراثية على القيافة لأنها أدق منها ، و على القرعة من باب أولى . و هذا رأي فريق من الباحثين منهم : نصر فريد واصل ، و وهبة الزحيلي ، و ناصر الميمان ، و عمر السبيل ، و محمد الأشقر ، و محمد السلامي ، و علي القرة داغي .

الرأي الثاني : ذهب إلى تقديم البصمة الوراثية على الأدلة الشرعية الأخرى عند التعارض ، لأنها تحقق ما تحققه الأدلة الأخرى و زيادة ، و من القائلين به : بندر السويلم ، و إبراهيم عثمان ، و سعد الدين الهلالي ، و عبد القادر خياط ، و غنام غنام .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا الرأي بالكتاب و السنة و المعقول :

أ- الكتاب :

1- قوله تعالى : (و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف) .

وجه الدلالة : أن الله – عز وجل – نسب الأولاد للأمهات للقطع بولادتهن لهم ، بخلاف الآباء ، فقد عبّر عنهم بقوله - سبحانه : " و على المولود له " لأن المولود له قد يكون أبا حقيقيا ، و قد يكون أدخل في نسبه زورا و بهتانا ، لكن لما ولد على فراشه نسب إليه إعمالا للاصل و إطراحا لما سواه . إذ الأصل أن ينسب الولد لصاحب الفراش مباشرة دون تقص أو بحث لقيام الزوجية و إمكان الدخول .

المناقشة : الجواب على ذلك فيما ذكره أهل التفسير أن الله تعالى نبه الرجال إلى أن النساء ولدن الأولاد لهم فوجب رعاية مصالحهم و النفقة عليهم ، و لأجل ذلك ينسبون إليهم و يلحقون بهم .

2- قوله تعالى : (و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه و الله بما تعملون عليم) .

3- و قوله أيضا : (و أشهدوا ذوي عدل منكم و أقيموا الشهادة لله) .

وجه الدلالة من الآيتين : أن الله - سبحانه – أمر بإقامة الشهادة و أدائها ، و نهى عن كتمانها ، و تقديم البصمة الوراثية على الشهادة نوع من التعطيل و الكتمان الذي نهينا عنه ، فلا شك من بطلانه ، ثم إن الشهادة معمول بها منذ عهد النبي – صلى الله عليه و سلم – و النصوص القرآنية و النبوية و الإجماع شاهدة بحجتها بخلاف البصمة الوراثية .

ب- السنة النبوية :

عن عائشة – رضي الله عنها - قالت : " كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن يقبض ابن وليدة زمعة ، قال عتبة : إنه ابني ، فلما قدم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – زمن الفتح ، أخذ سعد ابن وليدة زمعة فأقبل به إلى النبي – صلى الله عليه و

سلم – و أقبل معه عبد بن زمعة ، فقال سعد : يا رسول الله هذا ابن أخي عهد إلي أنه ابنه ، فقال عبد بن زمعة : يا رسول الله : هذا أخي ابن وليدة زمعة ولد على فراش أبي ، فنظر رسول الله – صلى الله عليه و سلم – إلى ابن وليدة زمعة فإذا هو أشبه الناس بعتبة ، فقال رسول الله – عليه الصلاة و السلام – هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش و للعاهر الحجر ، و احتجبي منه يا سودة بنت زمعة ، قالت : فلم ير سودة قط " .

وجه الدلالة : دل الحديث بمنطوقه على إثبات النسب بالفراش مع وجود ما يخالف ذلك ، و هو شبه الغلام البين بغير صاحب الفراش ، و لم يعتد النبي – صلى الله عليه وسلم – به ، و دليل الشبه يعتمد على الصفات الوراثية ، فهو أشبه بالبصمة الوراثية ، و مع ذلك لم يقو على معارضة الأصل الذي هو الفراش .

المناقشة :

حكم رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بنسب الولد لصاحب الفارش عملا بالظاهر ، أما الشبه فهو أمر ظني محتمل لا يقوى على معارضة الفراش ، و مع ذلك احتاط النبي – صلى الله عليه و سلم – فرتب على الشبه حكما ، و هو احتجاب سودة عنه ، و الأخت لا تحتجب عن أخيها ، فالحديث حجة عليهم لا لهم .

ج- المعقول :

1- قالوا إن الطرق التقليدية – الفراش و الإقرار و البينة – هي طرق شرعية ثابتة بنصوص شرعية ، و أجمعت عليها الأمة من عهد الصحابة إلى يومنا هذا ، فكيف يسوغ تقديم اختبار البصمة الوراثية عليها الذي لا يزال حتى الآن في طور التجربة ، و قد يعتريه الخلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحليل . ثم إن الأحكام الثابتة لا يجوز إبطال العمل بها إلا بنص شرعي ناسخ ، و هذا غير ممكن لأنه انتهى عهد التشريع و استقرت الأحكام .

المناقشة :

إن تقديم العمل بالبصمة الوراثية على باقي الأدلة لا يبطلها و لا يلغيها ، و ليس خرقا للإجماع ، بل غاية ما في الأمر تقديم القطعي على الظني .

2- إن عمدة جواز العمل بالبصمة الجينية هو قياسها على القيافة ، فغاية ما في الأمر أن تأخذ حكمها و تقع في منزلتها .

المناقشة :

قياس البصمة الوراثية على القيافة قياس مع الفارق البيّن بينهما لأسباب :

أ- أن البصمة الوراثية قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية ، و الخطأ فيها مستبعد جدا ، بخلاف القيافة و التي تقوم على الفراسة ، و هي مبنية على غلبة الظن ، و الخطأ فيها وراد ، فالفرق كبير بين ما هو قطعي محسوس و ما هو ظني محتمل .

ب- أن العمل بالقيافة محصور في مجال الانساب بخلاف البصمة الجينية تتعداها إلى مجالات أخرى كاثبات الجرائم و تحديد هوية المفقود ...

ج- أن القيافة تعتمد على الشبه الظاهر في الاعضاء بينما البصمة الوراثية تعتمد على تحليل الجينات .

د- أن القافة يمكن أن يختلفوا ، بل و العجيب أنه بامكانهم أن يلحقوا الطفل بأبوين لوجود الشبه فيهما ، أما البصمة الجينية فلا يمكن أن يلحق الولد بغير أبيه أبدا إلا إذا وقع خطأ في التحليل أو تزوير في النتائج ، فمن المستبعد تماما أن تختلف نتائج الفحوصات الجينية و لو قام بها أكثر من خبير.

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب و بالمعقول :

أ- الكتاب :

- قوله تعالى : (إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات و الهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب) .

وجه الدلالة : إن ما تقدمه تقنية البصمة الوراثية من دقة في كشف الحقيقة و معرفة الأب الحقيقي في قضايا نزاع النسب يفوق بدرجات الوسائل التقليدية الظنية ، و القطع يقدم على الظن ، فكيف لنا أن لا نأخذ بهذه الحقيقة و نكتم ما أظهره الله من الحق ؟ .

ب- المعقول :

1- إن البصمة الوراثية أقوى بكثير من القرائن حتى من الشهادة التي تحتمل الصدق و الكذب و حتى من الإقرار ، ذلك أن البصمة الجينية دليل مادي يعتمد العلم و الحس ، يقوم على التسجيل الذي لا يقبل العود و الإنكار ، بخلاف غيرها الذي يعتمد على الذمم و يقبل العود و الإنكار ، لذلك تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق الإثبات التقليدية دون العكس .

المناقشة :

إن الأدلة الشرعية تلقتها الأمة بالقبول سلفا و خلفا و استمر العمل بها منذ عهد النبوة فكيف يسوغ تقديم البصمة الوراثية عليها ؟ ، و تجويز مثل هذا الرأي سيفضي في

النهاية إلى إلغاء جميع النصوص الشرعية و استبدالها بالأدلة الفنية الحديثة . فكلما استجد دليل جديد في هذا العصر ساغ للبعض تكييفه وفق منظوره الشخصي ، و كأن المسألة هي سبق اجتهادات و هذا ليس بالصواب . ذلك ان مثل هذا القول يؤدي إلى استبدال الإقرار بالبصمة الصوتية و استبدال اللعان بتحليل الجينات و استبدال حلف اليمين بجهاز كشف الكذب ... إلى أن يقضى على جميع النصوص الفقهية الصريحة و التي لا يكاد يشك فيها مسلم عاقل .

2- لقد اعتبر الشارع الحكيم الشهادة دليلا من أدلة الإثبات الشرعية مع أنها ظنية الدلالة لاحتمال الوهم و الخطأ و حتى الكذب من الشهود ، و ذلك حفظا لحقوق العباد . و نتائج فحص البصمة الجينية شهادة أجسامهم عليهم ، إذ يشهد الشاهد الصامت و هو دمه أو سوائله أو أنسجة جسمه حسب الحال و لاشك انها تعتمد على قواعد علمية ثابتة يمكن الجزم بالحكم من دون تاثر بالعواطف .

قال ابن القيم – رحمه الله : " و الشبه نفسه بينة من أقوى البينات ، فإنها اسم لما يبين الحق و يظهره ، و ظهور الحق ههنا بالشبه أقوى من ظهوره بشهادة من يجوز عليه الوهم و الغلط و الكذب ، و أقوى بكثير من فراش يقطع بعدم اجتماع الزوجين فيه " .

3 - إن وسائل إثبات النسب ليست أمورا تعبدية حتى نتحرج من تقديم البصمة الوراثية عليها ، و لن نهملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل ، فإن لم تتيسر الإمكانات لتعميم العمل بفحوصات البصمة الجينية فليس أمامنا بد من الاستمرار في تلك الوسائل المعروفة .

المناقشة :

الاحتجاج بأن الادلة الشرعية " التقليدية " ليست تعبدية ، هذا قول ليس بصحيح ، ذلك أن أغلب أحكام الشرع تعبدية كاستقبال القبلة و قصر الصلاة في السفر و لبس ملابس الإحرام .. و ليس لمؤمن و لا لمؤمنة أن يختار بعد قضاء الله و قضاء رسوله ، و من تخير فقد ضل ضلالا مبينا .

الرد على الاعتراض :

هذا قياس غريب بعيد ، لا يعقل أن يقاس وسائل إثبات النسب على القصر و استقبال القبلة و لبس الإحرام .. هذه تعبدية بحتة الغرض منها الامتثال و الانقياد ، و هذه طرق جعلها الشارع للحفاظ على نسب الإنسان . و الاستعانة بالبصمة الوراثية من صميم

مقصد الشارع و تحقيق لما يصبو إليه من المحافظة على الأنساب و الحرص على أن ينسب كل شخص إلى أبيه الحقيقي .

الترجيح :

أعتقد أنه ليس من المعقول شرعا و لا عقلا الاستغناء عن العمل بالبصمة الجينية في حالات إثبات النسب خاصة أنها دليل علمي عملي فعال و قطعي ، مع العمل أيضا بالأدلة الشرعية الأخرى خاصة الفراش ، أما عند التعارض بينها فالذي يظهر لي بعد المناقشة لأدلة الفريقين التفصيل في المسألة على النحو التالي :

1- تقديم البصمة الوراثية على القيافة و القرعة :

و الحقيقة أنه لم يعد في عصرنا مجال للعمل بالقيافة و لا بالقرعة ، فقد أغنانا الله تعالى بدليل أقوى منها ، إلا أن نكون في مجتمع بسيط متخلف مثل بعض المجتمعات المسلمة في افريقيا السوداء مثلا حيث لا توجد مخابر و لا تتوفر التقنيات و لا اليد العاملة المؤهلة لذلك ، فليس لنا بد من الاستعانة بهذه الطرق التقليدية البسيطة إذا تحتم الأمر . أما إذا أمكن إجراء فحص البصمة الوراثية فيصار إليه مباشرة . و لا خلاف بين المعاصرين - فيما بحثت فيه - حول تقديم البصمة الوراثية على القيافة و على القرعة .

2- تقديم البصمة الوراثية على الإقرار و الشهادة :

لأن الإقرار من الأدلة الظنية المحتملة للصدق و الكذب ، و لا يمكن قياس درجة صدق المقر ، و كثيرا ما ترد المحاكم أنوعا من الإقرار ، كقيام الإقرار على الإكراه أو المحاباة أو لدرء الضرر .. و قد نص الفقهاء على عدم الاعتداد بالإقرار إن كان الواقع يكذبه كمن أقرّ بالولد و هو لا يولد لمثله ، أو من ولد بمكان بعيد و لم يسبق للمستلحق (بكسر الحاء) أن التقى بالمستلحق (بفتح الحاء) لأن هذا فيه تكذيب للشرع و الحس . ففي مثل هذه الحالة يلجأ إلى البصمة الجينية فإن جاءت التحاليل مؤكدة صحة الإقرار عمل به ، و إن جاءت نافية قدمت البصمة الوراثية لأنها الحق ، و يكون إقرار الرجل بولد ما باطلا .

ومثله يقال في الشهادة ، فمن الناحية العملية و الواقعية يصعب تصور إثبات النسب بأقوال الشهود ما عدا الشهادة على ولادة الأم ، فما يمكن أن يقدمه الشاهد في أحسن الاحوال عبارة عن ظروف ظاهرية شاهدها أو سمعها . و بالإضافة إلى ذلك فإن الشهادة تتأثر بالجوانب الخلقية و الخلقية و العاطفية للشاهد ، كسرعة النسيان و ضعف الإبصار ، و الخوف أو المحاباة ، أو شهادة الزور ، كما يصعب التأكد من صدق الشهود ، فإذا

تعارضت شهادة الشهود مع نتيجة تحليل البصمة الوراثية قدّمت البصمة الوراثية شريطة أن نتيقن من صحة النتائج و عدم وقوع خطأ أو تزوير فيها .

و تقديم البصمة الجينية على الإقرار و الشهادة مرجعه إلى سببين رئيسيين هما :

1- تقديم القطعي على الظني ، فليس من المعقول أن نكذب الحقائق العلمية و ننكرها و نصدق أقوال رجال لا ندري حالهم و لا نعلم عدالتهم ، فإن كانوا مؤمنين صادقين جاءت نتيجة الفحص شاهدة لصدقهم ، و إن كانوا كاذبين فضحتهم و أبطلت زورهم .

2- لعموم البلوى في زماننا بالكذب و شهادة الزور و الحلف على الباطل ، فلو قبلت الدعاوى من دون تثبت وقعنا في المحظور من نسبة الابناء إلى غير آبائهم ، فلا بأس للقاضي أن يستعين بفحص الجينات حتى يحصل له اليقين بإلحاق الولد بمن ادعاه لنفسه .

3- التعارض بين الفراش و البصمة الوراثية :

الأصل أن كل مولود تلده الزوجة فهو لزوجها ينسب إليه مباشرة من دون حاجة إلى التثبت إعمالا لمقتضى حديث النبي – صلى اله عليه و سلم – " الولد للفراش و للعاهر الحجر " ، و التحقق من صحة هذا النسب بالبصمة الوراثية بعد ذلك غير جائز شرعا ، لما فيه من مخالفة لتعاليم الإسلام و هدم لكيان الأسرة و قدح في أعراض الناس و أنسابهم ، وقد عدّه النبي – صلى الله عليه و سلم - من أمور الجاهلية حيث قال : " أربع في أمتي من أمر الجاهلية لا يتركونهن : الفخر في الاحساب و الطعن في الأنساب و الاستسقاء بالنجوم و النياحة " .

ثم إن تحليل البصمة الجينية يلجأ إليها عند الحاجة ، و لا يجوز أبدا اللجوء إليه في حالة النسب الثابت ، فهذا يتناقض مع مقاصد الشرع ، روى أنس – رضي الله عنه – " .... أن عبد الله بن حذافة السهمي قام إلى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – فقال : من أبي يا رسول الله ؟ فقال : أبوك حذافة ، فقالت أمه : ما سمعت بابن أعق منك ، أأمنت أن تكون أمك قارفت ما يقارف نساء الجاهلية فتفضحها على أعين الناس ؟ " . و كان قتادة يذكر هذا الحديث عند هذه الآية قال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم) .

أما في حالة التنازع على النسب كما في حالة وطء الشبهة أو أن تكون المرأة قد تزوجت من الثاني قبل انقضاء عدتها من الأول فيعمل بالبصمة الوراثية لتحديد الأب الحقيقي و تقدم على الفراش لأن الله أمرنا أن ننسب الأبناء لآبائهم قال سبحانه (ادعوهم

لآبائهم هو أقسط عند الله) ، و في حالة انكار الزوج لولد ولد على فراشه هل يعتد بالبصمة الوراثية أم لا ؟ للعلماء تفصيل في هذه المسألة نتناوله في المطلب التالي .

المطلب الثالث : نفي النسب بالبصمة الوراثية :

أولت الشريعة الإسلامية عناية بالغة بالنسب ، ومن مظاهر هذه العناية أنها حذرت من إنكار النسب الثابت للأبناء بالتبرؤ منهم ، أو انتساب الأبناء إلى غير آبائهم ، فعن أبي هُرَيْرَةَ – رضي الله عنه - أَنَّهُ سمع رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - يقول - حين نَزَلَتْ آيَةُ الْمُتَلاعِنَيْنِ - : " أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ على قَوْمٍ من ليس منهم فَلَيْسَتْ من اللَّهِ في شَيْءٍ ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا الله جَنَّتَهُ ، وَ أَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وهو يَنْظُرُ إليه احْتَجَبَ الله منه و فَضَحَهُ على رؤوس الأَوَّلِينَ وَ الآخِرِينَ " . و عن سعد بن أبي وقاص وَأَبِي بَكْرَةَ - رضي الله عنهما - قَالا : سَمِعْنَا النبي - صلى الله عليه وسلم – يقول : "من ادَّعَى إلى غَيْرِ أبيه وهو يَعْلَمُ فَالْجَنَّةُ عليه حَرَامٌ " ، كما أبطلت الشريعة التبني وحرمته لأنه نسب مزيف و لما يترتب عليه من مفاسد الاطلاع على محارم الغير ومشاركتهم في حقوقهم قال الله تعالى : { ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا } .

و من تشديد الشارع الحكيم في مسألة الأنساب أنه حصر نفيها بعد ثبوتها بطريق واحد هو اللعان الذي يعد شهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج و بالغضب من جانب الزوجة ، و لا يشرع إلا حين يعلم الزوج بزنا زوجته إما برؤية ، أو إخبار ثقة ، أو مشاهدة رجل فاجر يدخل عليها ، أو يخرج منها ، أو باستفاضة زناها عند الناس ، و نحو ذلك ، فإذا ما حصل شيء من ذلك و لم يكن ثمة ولد يحتاج الزوج إلى نفيه فالأولى به في هذه الحالة أن يكتفي بطلاقها لتحريم بقائها معه ، مع حفظ لسانه عن رميها بالفاحشة سترا عليها ، و صيانة لحرمة فراشه ، فإن كان هناك ولد يحتاج إلى نفيه سواء كان حملا أو مولودا ، فإنه لا ينتفي منه لولادته على فراشه إلا بأن يلاعن زوجته ، و رأى بعض المعاصرين جواز الاستعانة بالبصمة الجينية بديلا عن اللعان ، و هو الذي رفضه الآخرون لاعتبارات كثيرة ، سنورد أدلة كل فريق و الاعتراضات الشرعية عليها فيما سيأتي :

أراء الباحثين في مسألة نفي النسب بالبصمة الجينية و أدلتهم :

- الرأي الأول : لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فقط ، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان ، وهذا قول عامة الفقهاء المعاصرين منهم د.علي

محي الدين القرة داغي ود. وهبة الزحيلي ، و د. ناصر الميمان ، ود.محمد سليمان الأشقر ، ود.عمر السبيل ، وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي وجاء فيه : " لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ، ولا يجوز تقديمها على اللعان " .

- الرأي الثاني : يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية ، إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه ، وذهب إلى هذا الرأي محمد المختار السلامي ، وعبد الله محمد عبد الله .

- الرأي الثالث : يحتكم إلى البصمة الوراثية للمرأة لا للرجل ، و به قال د. يوسف القرضاوي ، فالزوج إذا طلب الاحتكام إلى البصمة الوراثية لا يستجاب له ، لأنه يفوت على المرأة ما يوفره لها اللعان من الستر عليها وعلى ولدها ، وهذا الستر مقصود الشارع لما فيه من مصلحتها ومصلحة ولدها ، ولكن إذا طلبت المرأة المقذوفة الاحتكام إلى البصمة الوراثية يستجاب لها ، لأنها لا تفعل ذلك إلا إذا كانت مستيقنة من براءتها ، وتطلب اللجوء إلى وسيلة علمية مقطوع بها ، تدفع التهمة بها عن نفسها ، وتحفظ بها حقها .

- الرأي الرابع : لا ينفى نسب الطفل باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن ، وينفى النسب باللعان إذا جاءت البصمة تؤكد قوله وتعتبر دليلاً مكملا ، وهذا الرأي ذهب إليه د. نصر فريد واصل ، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية .

- الرأي الخامس : إذا اتهمها بالزنا وثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللعان وينفى النسب بذلك ، إلا أنه يكون للزوجة الحق في طلب اللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة أو إكراه ، وإذا ثبت بالبصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف ، ويدرأ عنه باللعان لاحتمال الزنا و إن كان الحمل له ، وهذا رأي أ. د. سعد الدين هلالي .

الأدلة :

أدلة القائلين بأن النسب لا ينفى إلا باللعان :

استدل هؤلاء بالكتاب و السنة و المعقول :

أ- الكتاب :

1- قوله تعالى : (و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين و الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين و يدرأ

عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين و الخامسة أن غصب الله عليها إن كان من الصادقين) .

وجه الدلالة : بينت الآية أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه يلجأ للعان ، و إحداث البصمة الوراثية بعد الآية تزيد على كتاب الله ، و من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو مردود على صاحبه ، و قد قال الله تعالى : (و ما كان لمؤمن و لا مؤمنة إذا قضى الله و رسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم) .

ب- السنة النبوية :

1- قوله – صلى الله عليه و سلم – " الولد للفراش و للعاهر الحجر " .

وجه الدلالة : أنه لو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق بالزوج لحديث "الولد للفراش" ، و لا ينتفي عنه إلا باللعان ، و طالما ثبت الفراش فلا يعارضه إلا ما هو أقوى منه و هو اللعان ، و بالتالي لا مجال للبصمة الوراثية في الحيلولة دون وقوع اللعان .

2- قوله – عليه الصلاة و السلام – في حديث المتلاعنة :" أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء .... فجاءت به كذلك فقال النبي - صلى الله عليه و سلم – لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي معها شأن " .

وجه الدلالة : أن البصمة الوراثية مقيسة على القيافة ، فتأخذ حكمها ، و القيافة كما هو معروف تعتمد على الشبه ، و قد أهدر النبي – صلى الله عليه و سلم – الشبه مقابل اللعان ، و بالتالي فالبصمة لا يعتد بها في النفي لوجود اللعان .

- المعقول :

إن الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب و تقديمها على اللعان يفضي إلى مخالفة مقصود الشارع من الستر على الولد و على بيت الزوجية ، إذ إن المرأة تفضحها نتائج التحاليل إن كانت آثمة بخلاف اللعان فيه تمام الستر على المذنب ، ثم إنه بإمكان أحد المتلاعنين العدول عن الملاعنة ، و للزوج النكول بعدما ادعى زنا زوجته ، و هذا ما لا يمكن تداركه في البصمة الوراثية .

أدلة القائلين بجواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي النسب :

استدل القائلون بجواز نفي النسب بالبصمة الوراثية بالكتاب و بالمعقول :

أ- الكتاب :

- قوله تعالى : (و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم.....) .

وجه الدلالة :

أن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند عدم وجود شاهد يشهد على صدقه و هذا معنى قوله تعالى : (و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) ، أما مع وجود شاهد صادق يشهد على ادعائه لم يعد الزوج وحيدا ، و الشاهد هنا " البصمة الوراثية " فتكون رافعة لاتهام الزوج بالكذب .

المناقشة :

يعترض على هذا الاستدلال أن الآية اشترطت " الشهادة " لا " البينة " ، و لا تقوم البصمة الوراثية مقام أربعة شهود ، و لا بد أن تكون شهادة الشهود صريحة صراحة تامة كاملة في مشاهدة أثر ذلك ، و في مشاهدة الواقعة نفسها بدليل أنه لو تخلى واحد من الأربعة بطلت الشهادة و حدّ الثلاثة ، و عليه لا يجوز أن تعتبر البصمة الجينية في قوة الشهادة .

ب- المعقول :

قالوا إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه ، لأنه استبرأها بحيضة واحدة و لم يمسها بعد ذلك ، و ظهر بها حمل فإنه ينتظر إلى الوضع ، ثم تكشف التحاليل الجينية نسب الولد إلى الأب من عدمه ، و يكون هذا مغنيا عن اللعان . ذلك أن اللعان هو الاستثناء لا القاعدة ، فإذا تطابق الحمض النووي للطفل مع أبيه فلا ينتفي عنه نسب الطفل حتى لو لاعن الزوج ، لأن الشارع يتشوف لإثبات النسب رعاية لحق الصغير ، و لخراب الذمم عند بعض الناس فقد يكون الباعث هو مجرد الشك و الكيد للزوجة .

المناقشة : و الجواب على هذا الاستدلال من عدة وجوه :

1- إن مقصد الشارع من تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض ، حيث لا سبيل لنفي نسب ثابت إلا به ، و هو أمر عظيم لا يقدم عليه إلا عند الضرورة القصوى ، بخلاف البصمة الوراثية قد تكون أداة بيد العابثين و الموسوسين ، و الحياة الزوجية مبنية على عنصر الثقة بين الزوجين ، فإذا انهدم زالت الأسرة ، و إباحة اللجوء إلى تحاليل البصمة الوراثية في قضايا النسب يهدم كيان الأسرة و المجتمع .

2- لا يجوز إلغاء حكم شرعي و اللجوء إلى طريقة علمية بديلة ، فالأحكام الثابتة شرعا لا مجال لنسخها في زماننا لانتهاء عهد التشريع و استقرار الأحكام ، و اللعان حكم ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع و فيه صفة التعبدية في إقامته .

3- وجود الفارق بين اللعان و البصمة الوراثية ، إذ البصمة تنفي الابوة فقط أو تثبتها بخلاف اللعان ينفي الابوة و يدرأ الحد و يفريق بين الزوجين فرقة أبدية ، و هذا فارق مهم .

الترجيح :

من خلال التمعن في كلام الفريقين و أدلتهم يتبين لي – و الله أعلم – رجحان قول المانعين من نفي النسب بالبصمة الوراثية ، و أنه لا سبيل لذلك إلا باللعان الذي شرعه الله – عز وجل ، لأن الله تعالى لما شرع اللعان شرعه لحكم جليلة منها نفي الزوج نسب ولد أدخل في صلبه بهتانا ، و دفع الحد عنه ، و بالنسبة للمرأة درء الحد عنها ، و الستر على نفسها ، لأن بالملاعنة لا يدرى الصادق من الكاذب على خلاف البصمة الوراثية فإنها تبين الحقيقة كما هي : إما براءة المرأة و إما إدانتها . و الشريعة كما تتشوف إلى المحافظة على الأنساب تتشوف إلى الستر على العصاة و المذنبين .

و أرى أيضا جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية قبل إجراء اللعان ابتداء ، كأن يكون بطلب من الزوجين معا ، أو بطلب من الزوجة وحدها ، و لا يقبل طلب الزوج وحده إن رفضت المرأة ، كما اختاره الشيخ القرضاوي ، لأنه لا يعقل أن تقدم المرأة على الموافقة و هي تعلم أنها آثمة ، مما يعني أن النتائج ستسفر عن صحة نسب الولد إلى زوجها و زوال ما بذهنه من وساوس و أوهام و عودة الاستقرار للأسرة ، فإن أصر الزوج على الملاعنة بعدما تبين له الحق فهو ظالم و معتد . أما في حالة تردد المرأة فلا شك أنه خوفا من الحقيقة التي ستفضحها أمام الناس ، و في مثل هذه الحالة يكفي الزوج اللجوء للعان دون البصمة الوراثية .

المطلب الرابع : موقف التشريعات العربية و الغربية من الاحتجاج بالبصمة الوراثية :

موقف التشريع الجزائري :

أولى المقنن الجزائري أهمية بالغة للنسب وما يترتب عليه من آثار فقد حدد قانون الأسرة كيفية إثباته ونفيه حماية للأعراض ودفعا لاختلاط الأنساب. كما أن القضاء من جانبه حاول المحافظة على هذا الحق من أن يعترض للضياع ، هذا وقد تمت إضافة فقرة ثانية للمادة 40 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و

المتمم لقانون الأسرة وهذا التعديل يفيد أنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة حيث تنص المادة 40 في الفقرة 02 على أنه :

" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " وهذا يعتبر قفزة هامة قام بها المقنن الجزائري في هذا المجال تماشيا مع التطورات العلمية خاصة تلك المتعلقة بالمجال البيولوجي ، لكن هذه القفزة وهذا الإدماج ورغم أهميته لا يخلو من العيوب و السلبيات والتعقيدات التي اثارت جدالا في الوسط الفقهي القانوني . إذ لم ينص صراحة على هذه الوسيلة لنفي النسب ، لكن يمكن أن يفهم من عموم عبارة "بالطرق المشروعة " الواردة في المادة 41 من قانون الأسرة ذلك أن المشرع لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة لنفي النسب إذ أن استعمال الجمع في هذه العبارة يقتضي أن المشرع لم يقتصر في نفي نسب الطفل على اللعان فقط ، بل أخذ بجميع الوسائل الأخرى والتي يمكن من خلالها للقاضي إبراز الحقيقة .

موقف التشريع المغربي :

تم تحديد وسائل إثبات النسب في مدونة الأحوال الشخصية المغربية على سبيل الحصر في الفصل 89 ، حيث جاء فيه "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ولد على فراش من زوجته " . أما بالنسبة لنفيه فإن المقنن المغربي لم يسلك نفس المضمون حيث جاء في الفصل 91 على أن "القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب " .

المشكل الذي كان يطرحه الفصل 91 يتعلق بالوسائل المقررة شرعا ، هل هي المرتبطة بأحكام الشريعة الإسلامية أم تلك القواعد القانونية المرتبطة بموضوع الإثبات بصفة عامة ، وبعبارة أخرى هل المقنن المغربي أعطى للقاضي في مجال نفي النسب سلطة تقديرية في اعتماد أية وسيلة إثبات يراها مناسبة ومحققة للعدل والإنصاف وبالتالي الاعتماد على الخبرة الطبية في نفي النسب وإثباته أم لا ؟ .

إذا اعتبرنا الوسائل المقررة شرعا تفيد فقط الوسائل المقررة التي جاء بها الفقه الإسلامي فلا يمكن الاعتماد على الخبرة الطبية.أما في حالة ما إذا اعتبرنا الوسائل شرعا تمثل كل الوسائل المتاحة فإن المحاكم تكون ملزمة بالأخذ بالخبرة الطبية ، ولسبب عدم وضوح النص من مدونة الأحوال الشخصية حدث خلاف في هذه المسألة . و جاء التوضيح في ظل مدونة الأسرة وتم النص صراحة على الأخذ بالخبرة الطبية كوسيلة لإثبات ونفي النسب

وذلك في المادة 153 التي ورد فيها : "يثبث الفراش بما يثبت به الزوجية " ويعتبر الفراش بشروطه حجة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج من طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين :

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه.
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

وبهذا يلاحظ أن المادة 153 بينت مدى حجية الفراش على ثبوت النسب واعتبرتها حجة قاطعة لا يمكن الطعن فيها إلا بإحدى الوسيلتين التاليتين:

- اللعان الذي يتم وفق الأحكام والمقتضيات المقررة في الفقه.
- الخبرة التي تفيد القطع مع توافر بعض الشروط المنصوص عليها في نفس المادة .

بالنسبة لتشريع المصري :

بالرغم من إنشاء معمل للطب الشرعي والبيولوجي لإجراء اختبارات الحامض النووي في الجرائم المختلفة ذلك سنة 1995 م ، فإن مشروع قانون الأحوال الشخصية رقم 1 في سنة 2000 م لم يقر صراحة بنجاعة الخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه ، ذلك أن المادة 3 من مشروع القانون المذكور تنص على أنه "تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والفقه المعمول به ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة " . و قد قضت المحاكم المصرية في بعض قضايا النسب بالبصمة الوراثية في النفي (قضية رقم 635 بمحكمة شمال القاهرة) ، و تركت الأمر لقناعة القاضي .

أما عن التشريع الكويتي :

فقد أقر الأخذ بالخبرة الطبية لكن بصورة ضمنية في المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه "لا يثبت النسب من الرجل إذا أثبت أنه غير خصب أو لا يمكن أنه يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي " . و قد قام مجلس الوزراء الكويتي في 29 / 11/ 1995 م بإصدار قراره رقم 1050 بتكليف اللجنة الوزارية للشؤون القانونية بإعداد مشروع لتعديل الفقرة الأولى من المادة 173 من القانون رقم 51 لسنة 1984 م في شأن الأحوال الشخصية بما يجعل لتقرير الطب الشرعي (البصمة الوراثية) قوة تدليلية يعتد بها في دعاوى إثبات النسب أو نفيه .كما تم عرض الموضوع على إدارة الفتوى في وزارة الأوقاف ، و

انتهت في فتواها رقم 54 لسنة 1996 م إلى جواز الحكم بها في النفي دون الإثبات لاحتمال أن يكون الحمل عن علاقة غير شرعية .

أما بالنسبة لتونس :

تعتبر تونس من أولى الدول الإسلامية التي اعتمدت تقنية البصمة الوراثية ، وذلك من خلال استحداثها لقانون إثبات الهوية سنة 1998 م ، حيث ركزت بموجبه على مبدأ إثبات النسب بكل الوسائل العلمية المتاحة ومن طريق البصمات الوراثية أو التحليل الجيني على الخصوص .

و قد أخذ القضاء التونسي بالخبرة الطبية ويتضح ذلك من خلال نص الفصل 75 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الذي جاء فيه "إذا نفى الزوج حمل زوجته أو الولد اللازم له فلا ينتفي عنه إلا بحكم الحاكم وتقبل في هاته الحالة جميع وسائل الإثبات الشرعية " وأنه لا شيء يمنع من اعتماد تلك الوسيلة التي حقق علماء الطب الشرعي صحتها والتي تعد طريقا علمية قاطعة وهو ما درج عليه فقه وقضاء هذه المحكمة وأن عدم استجابة محكمة الموضوع لهذا الدفع يعتبر إفراطا في السلطة وإهدار لحق الدفاع مع سوء تأويل القانون .

بالنسبة للتشريع الفرنسي :

إن قانون أصول المحاكمات الجزائية بفرنسا لا يتضمن نصاً صريحاً يجيز الرجوع إلى اختبارات الحامض النووي في نطاق الدعاوى الجنائية ، وبالمقابل فقد نصت المواد من 11- 16 من القانون المدني الفرنسي على أنه لا يمكن البحث عن هوية شخص عن طريق بصمته الوراثية إلا في نطاق تدابير البحث أو التحقيق الصادرة بخصوص دعوى قضائية أو لغايات طبية أو لغايات البحث العلمي. وفي 1998/6/17 تبنى البرلمان الفرنسي قانوناً ينص على إنشاء سجل وطني يحتوي على البصمات الوراثية للمحكوم عليهم في الجرائم الجنسية ، وتطبيقاً لهذا القانون أصدرت الحكومة الفرنسية المرسوم رقم 413 لعام 2000 م يبين كيفية تنظيم هذا السجل ، ولكن نظراً للانتقادات الموجهة إلى هذا القانون تدخل المشرع الفرنسي وأصدر القانون المتعلق بالأمن في 2001/11/15 و أصبح هذا القانون يضم سجلاً للبصمات الوراثية بخصوص الجرائم التالية :

1- الجرائم الجنسية.

2- جرائم الاعتداء القصدي على حياة الشخص وجرائم التعذيب والعنف.

3- جرائم السرقة والسلب والإتلاف والتخريب الخطرة بالنسبة للأشخاص.

4- جرائم الإرهاب.

هذا وأخذا بالوسائل الحديثة نجد القانون الفرنسي في مادته 11 من قانون المسطرة المدنية أقر اللجوء إلى الفحوصات الطبية وإذا رفض المعني بالأمر لا يكون أمام المحكمة سوى استخلاص النتائج وتقدير الموقف وبقاء عبء الإثبات على الطرف الرافض لإجراء الفحص الطبي.

وهو المعمول به قضاء ، ففي قرار لمحكمة تولوز بتاريخ 2000/7/10 غرفة الأسرة رقم 1997/04010 جاء فيه "حيث أنه نتج من خبرة النسب أن دراسة مجموعات HLA وتحاليل ADN مكنت من استبعاد أبوة المدعي للطفلة وينبغي نتيجة لذلك الاستجابة للطالب والقول أن الطفلة تحمل من الآن فصاعدا الاسم العائلي للأم وحملت المدعي عليها الصائر مع الإشارة إلى منطوق هذا الحكم في عقد ولادة هذه الطفلة " .

وبالنسبة لألمانيا :

فالملاحظ أن الفقرة الأولى من الفصل 372 من قانونها الإجرائي العام لم تقف عند حد الأخذ بالوسائل العلمية في الإثبات وإنما تجاوزت ذلك لإقرارها إجبارية الأخذ بالوسائل الحديثة عن طريق الفحص الطبي البيولوجي وخاصة تحليل الحامض النووي لكل شخص مثبت فيه تحت طائلة جزاءات صارمة تتمثل في السجن والغرامة كما أتاحت المادة 390 من هذا القانون للمحكمة أن تأمر بهذا الإجراء تلقائيا أو بناءا على طلب أحد الأطراف .

الخاتمة :

لا يمكن للعالم و لا للقاضي أن يغفل عن هذا الاكتشاف العلمي العظيم ، أو أن يقدم عليها أدلة مظنونة ، بل يستعين بها لإثبات النسب في حالات الطفل اللقيط أو المجهول و نحوها ، و لا يجوز أبدا محاولة التأكد من صحة نسب قائم لما فيه من مفاسد عظيمة ، و يقدم اللعان على البصمة الوراثية و لا يمكن أن تقوم مقامه ، و يستعان بها قبل اللعان إن كان بطلب من المرأة أو منهما معا ، و مع هذا لا تزال المسألة بحاجة إلى توضيح في المجال القضائي و إلى استشارات و دراسات موسعة من جميع الجوانب .

قائمة المصادر و المراجع :

- **أولا- القرآن الكريم**
- **ثانيا - كتب السنة النبوية :**
  - **صحيح البخاري**
  - **صحيح مسلم**
  - **سنن أبي داوود**
  - **سنن الترمذي**
  - **سنن النسائي**
  - **مستدرك الحاكم**
- **ثالثا- المراجع الفقهية و القانونية :**

- إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، لعائشة سلطان المرزوقي ، مطبوعات جامعة الإمارات العربية ، ط 1 ، 2003 م
- إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل ، على موقع القرضاوي على شبكة الإنترنت
- إثبات النسب في ضوء الوراثة ، لعائشة المقادمة ، رسالة ماجستير كلية الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية بغزة – فلسطين ، 2012 م .
- بصمات غير الأصابع و حجيتها في الإثبات و القضاء ، عباس أحمد الباز ، (مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون) .
- البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم " ، لإبراهيم بن طارق الجندي. مجلة البحوث المجلد 10 عدد 19 نوفبر 2001 م .
- البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات ، لوليد العاكوم ، (ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية) .
- البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية – دراسة فقهية مقارنة ، لخليفة علي الكعبي ، دار النفائس ، الأردن : ط 1 ، 2006 م .
- البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه ، لمحمد سليمان الأشقر ، ضمن أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي ، دار النفائس ، الأردن : ط 1 ، 2006 م .

- البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب ، لناصر الميمان ، (ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون)
- البصمة الوراثية و دورها في الإثبات ، لوهبة الزحيلي ، (ضمن ندوة الوراثة والهندسة الوراثية)
- البصمة الوراثية و دورها في إثبات و نفي النسب ، لمحمد عثمان ، ، (ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون) .
- البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، لفريد واصل ، ضمن بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة 5 – 10 جانفي 2002 م .
- البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها – دراسة فقهية مقارنة ، سعد الهلالي ، ضمن بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي بمكة المكرمة .
- البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في النسب و الجناية ، لعمر محمد السبيل ، ، دار الفضيلة ، الرياض ط 1 ، 2002 م
- التحليل البيولوجي للجينات البشرية و حجيته في الإثبات ، لمحمد المختار السلامي ، (ضمن ندوة الوراثة والهندسة الوراثية)
- تطور وسائل الإثبات في مادة النسب ، لماجدة بن جعفر ، مجلة القضاء و التشريع التونسية العدد 1 ، 1999 م .
- تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب و علاقتها بالشريعة الإسلامية ، خياط و الشمالي ،(ضمن بحوث ندوة الوراثة) .
- تقنيات الهندسة الوراثية في قضايا النسب و علاقتها بالشريعة الإسلامية ، خياط و شمالي ، (ضمن بحوث ندوة الوراثة) .
- توصيات الندوة الحادية عشرة " الوراثة والهندسة الوراثية و الجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية " تحرير د/أحمد رجائي الجندي .
- حجية البصمة الوراثية في الإثبات ، لتوفيق سلطاني ، مذكرة ماجستير في القانون ، تخصص علوم جنائية ، جامعة باتنة ، 2011
- الجامع لأحكام و إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية في ضوء قانون الأحوال الشخصية الجديد ، رقم 1 لسنة 2000 م ، لعدلي خالد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية .

- جريدة الشرق الأوسط : الجمعة 08 ذو القعدة 1426 هـ 9 ديسمبر 2005 العدد 9873 .
- دور البصمة الوراثية في الإثبات ، لغنام غنام ، (ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون) .
- دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة ، لعبد الله عبد الغني غانم ، (ضمن بحوث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون – 5 – 7 ماي 2002 م ، فندق العين ، جامعة الإمارات ، كلية الشريعة و القانون)
- فقه القضايا الطبية المعاصرة ، لعلي القرة داغي ، دار البشائر ، بيروت : ط 2 ، 2006 م .
- قرار محكمة المنازعات الكبرى بتولوز غرفة الأسرة صدر في 10 يوليو 2000 م رقم 04010 1997 ، مجلة الملف العدد 7 أكتوبر 2005 .
- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ، القرار السابع ، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها الدورة السادسة عشر ، 5 – 10 / 01 / 2002 م
- قرار مدني عدد 27777 الصادر في 26 يناير 1993 منشور بالمجلة القانونية التونسية السنة 34 / 1998 م
- قواعد إثبات النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون ، لخالد برجاوي ، مقال بالمجلة المغربية للإدارة والتنمية ، 2003 م ، العدد 50 .
- المناقشات الفقهية للبصمة الوراثية في ندوة الوراثة والهندسة الوراثية و الجينوم البشري .
- رابعا - المعاجم :
- تاج العروس لمرتضى الزبيدي
- القاموس المحيط للفيروزبادي
- لسان العرب لابن منظور
- المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى و آخرين