

الباب الثاني

العلائق الشرعية للبصمة الوراثية

العلائق الشرعية للبصمة الوراثية

تمهيد وتقسيم :

العلاقة - بفتح العين - هي المناسبة بين أمرين . وبكسر العين : ما يعلق به الشيء . والجمع : علائق وعلاقات . تقول : علق الشيء بالشيء وعليه ، أي وضعه عليه ، وتعلق بالشيء : نشب فيه واستمسك^(١) .

والمقصود بالعلائق الشرعية هنا : هويان المناسبة ، أو مدى تأثير اكتشاف «البصمة الوراثية» على مسائل الفقه الإسلامي التي استقر العمل بها قبل اكتشافها ؛ تأسيساً على قاعدة الحكم بالظاهر استدلالاً بقوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (البقرة: ٢٨٦) ، وما أخرجه الشيخان من حديث أم سلمة ، أن النبي ﷺ قال : « إنكم تختصمون إليّ فلعن بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار» ، وفي رواية : « فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله فإنما أقطع له قطعة من النار ، فلا يأخذها»^(٢) .

(١) لسان العرب ، المعجم الوسيط ، مادة : علق .

(٢) صحيح البخاري ٩٥٢/٢ رقم ٢٥٣٤ ، صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ رقم ١٧١٣ .

وهل الحكم بالظاهر يسري على الحكم بالباطن؟ يقول الصنعاني : «ذهب الجمهور إلى أن حكم الحاكم ينفذ ظاهراً ولكنه لا يحل به الحرام إذا كان المدعي مبطلاً وشهادته كاذبة . وخالف أبو حنيفة فقال : إنه ينفذ ظاهراً وباطناً وأنه لو حكم الحاكم بشهادة زور أن هذه المرأة زوجة فلان حلت له . واستدل بآثار لا يقوم بها دليل وقياس لا يقوى على مقاومة النص» - سبل السلام ١٤٦٦/٤ ، ويقول ابن رشد : «أجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذي يعتريه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك في الأموال الخاصة لحديث أم سلمة المذكور . واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقدة بالظاهر الذي ظن الحاكم أنه حق وليس بحق؟ فقال الجمهور : الأموال والفروج في ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالاً . وقال أبو حنيفة =»

واليوم وقد أصبحت «البصمة الوراثية» أمراً ظاهراً ، نريد أن نبين مدى المناسبة بينها وبين مسائل الفقه التي تتأثر بحقيقتها التي هي «محقق الهوية الأخير» كما يحلو للبعض في وصفها .

ولا شك أن هناك مسائل شرعية تمسها البصمة الوراثية يقيناً ، ومسائل أخرى لم تمسها بصفاتها «محققة الهوية» ، ونذكر هذين في الفصلين الآتيين بإذن الله تعالى .

الفصل الأول : المعاملات الشرعية التي تمسها البصمة الوراثية

الفصل الثاني : المعاملات الشرعية التي لم تمسها البصمة الوراثية .

--وجمهور أصحابه : تحل له لأن الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على الملاعن ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا يحكم الحاكم - وكذلك إن كانت هي الكاذبة ؛ لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء . والجمهور أن الفرقة ههنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب» - بداية المجتهد ٤٦١/٢ ، ٤٦٢ ، وينص الحنفية في كتبهم على أن : «القضاء بحل أو بحرمة ينفذ ظاهراً وباطناً فيما عند الله ولو بشهادة زور عند الإمام أبي حنيفة ، إذا ادعى بسبب معين من العقود والفسوخ كالنكاح ، والطلاق ، والبيع والشراء والإقالة والرد بالعيب والنسب . وعندهما (أبي يوسف ومحمد) وزفر أيضاً : لا ينفذ باطناً بشهادة الزور وإن نفذ ظاهراً . أما في الأملاك المرسلة وهي التي لم يذكر فيها سبب معين لا ينفذ باطناً اتفاقاً بين أبي حنيفة وأصحابه ، لعدم احتمال الإنشاء في نفس الملك بدون السبب كمن ادعى أمة أنها ملكه مطلقاً ولم يقل اشتريتها مثلاً وأقام على ذلك بينة زور وقضى القاضي . لا يحل له وطؤها بالإجماع» - مجمع الأنهر ١٧٠/١ ، ١٧١ ، واختلف الشافعية في هذه المسألة على وجهين ذكرهما الشيرازي في المهذب ١٤٦/٢ .

الفصل الأول

المعاملات الشرعية التي تمسها البصمة الوراثية

تمهيد وتقسيم :

للبصمة الوراثية ثمرتان ، الأولى : أنها تحقق الهوية الشخصية بصفاتھا الخاصة ، التي تميزھا عن غيرها بحيث لا يشتبه معها أحد من البشر . ومن هذه الثمرة يمكن معرفة صاحب التلوثات الدموية أو المنوية أو اللعابية ، وكذلك يمكن معرفة صاحب الأجزاء البشرية من نحو جلد وعظم وشعر .

الثمرّة الثانية للبصمة الوراثية : أنها تحقق الهوية الشخصية بصفاتھا المشتركة مع الأصول التي انحدرت منها والفروع التي انبثقت منها ، ومن هذه الثمرة يمكن معرفة الوالدات والوالدين وأولادهم ، وما هو أبعد من ذلك في درجات القرابة بالدم .

ومن هاتين الثمرتين تظهر المعاملات الشرعية التي تمسها البصمة الوراثية . ولمزيد من البيان فإنني أقسم هذا الفصل إلى مبحثين مجارة لثمرتي البصمة الوراثية .

المبحث الأول : أتكلّم فيه عن المعاملات الشرعية المتعلقة بتحقيق الهوية بصفاتھا الذاتية .

المبحث الثاني : أتكلّم فيه عن المعاملات الشرعية المتعلقة بتحقيق الهوية بصفاتھا المرجعية .

المبحث الأول

المعاملات الشرعية المتعلقة بتحقيق الهوية بصفاتھا الذاتية

تمھید وتقسیم :

لا شك أن تحديد الهوية بصفاتھا الذاتية مطلوب شرعاً في مسائل لا تحصى ؛ لأن الأصل أن يتعامل الإنسان عن نفسه أصالة وباسمه الحقيقي ، وعندما يتعامل عن غيره بالولاية أو الوكالة ونحوهما فعليه أن يبين إذا لزم الأمر .

غير أن كثيراً من الناس قد ينتحلون غير صفاتھم ، ويتمصون شخصيات أخرى ، ويزورون في أسمائھم ، بل وفي بطاقات جواز سفرھم ، وصورھم الفوتوغرافية .

والفقه الإسلامي يتبع هؤلاء بتحقيق هويتھم والتحري عنها ، حتى لا يمنع صاحب الحق من حقه ، ولا يستولي ظالم على حق غيره ، وصدق الله حيث يقول : ﴿ قُلْ اللَّهُ يَهْدِي لِلْحَقِّ أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمْ مَنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يُهْدَىٰ فَمَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ ﴾ ﴿٣٦﴾ وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ ﴿٣٥﴾ (يونس: ٣٦، ٣٥).

هذا ، وسوف أتناول في هذا المبحث - بإذن الله تعالى - مسألتين شرعيتين قامتا على اعتبار تحقيق الهوية الشخصية بصفاتھا الخاصة ، هما : المفقود ومن في حكمه ، وقرائن الاتهام . وذلك في مطلبين .

المطلب الأول

المفقود ومن في حكمه

أتكلم في هذا المطلب عن تعريف المفقود والآبق ، وحكهما ، وإثبات هويتهما .

تعريف المفقود والآبق :

المفقود في اللغة : هو الضائع أو المعدوم ، من فقد الشيء يفقده فقداً أو فقداناً أو فقوداً ، أي ضاع منه . وتقول : فقد المال ونحوه ، أي عدمه . ويقال : فقدته إذا أضلته أو طلبته ، وكلاهما متحقق ، فإنه قد أضله أهله وهم في طلبه^(١) .

والمفقود في الاصطلاح الفقهي : قد عرفه الحنفية بأنه : « البعيد عن أهله ، ولا يعلم مكانه ، ولا حياته ولا موته » .

وعرفه المالكية بأنه : « الغائب في بلاد الإسلام ولم يعلم له موضع في غير مجاعة ولا وباء » .

وعرفه الشافعية بأنه : « من انقطع خبره » .

وعرفه الحنابلة بأنه : « من انقطع خبره لغيبه ظاهرها السلامة أو الهلاك »^(٢) .

والآبق : في حكم المفقود ، وهو اسم فاعل من أبق إذا هرب يأبق - بضم الباء وكسرهما - فهو من بابي نصر وضرب . والإباق هو الهرب ، وهو صفة خاصة بالإنسان ، سواء أكان عبداً أم حراً ، واشتهر في العبيد . تقول : أبق - بفتح الباء - العبد يأبق - بكسر الباء وضمها ، أبقا - بسكون الباء - وإباقا . بمعنى : هرب . وتقول : أبق - بكسر الباء - أبقا - بفتح الباء - أي هرب - وتأبق - بفتح الباء مشددة - الشيء ومنه ، أي أنكره وتبرأ منه^(٣) .

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، المعجم الوسيط ، مادة : فقد .

(٢) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ٧١٢/١ ، كفاية الطالب الرباني ٨٣/٢ ، المهذب ١٤٦/٢ ، المقنع مع الحاشية ٤٤٣/٢ .

(٣) لسان العرب ، القاموس المحيط - مادة : أبق .

والآبق في اصطلاح الفقهاء : هو « انطلاق العبد تمرداً ممن هو في يده من غير خوف ولا كد في العمل ، فإن لم يكن كذلك فهو إما هارب وإما ضال وإما فار»^(١).

وقال صاحب مجمع الأنهر : « قال بعض الفضلاء : الإباق انطلاق الرقيق تمرداً ، ثم قال : وإنما أطلقه ليشمل ما إذا تمرد عن غير مالكة ، انتهى لكن في الحقيقة هو تمرد عن المالك ، إذ ضرره يرجع إليه»^(٢).

والآبق غير الضال ؛ لأن هذا الأخير هو : « الذي لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد»^(٣).

حكم المفقود :

اختلف الفقهاء في الحكم الاعتباري للمفقود من حيث حياته أو موته ، للتصرف في أمواله وإخلاء سبيل زوجته ، اختلافاً كبيراً . والسبب في هذا الخلاف ، كما يذكره ابن رشد ، معارضة استصحاب الحال للقياس . ذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق للزوجة من غيبته بالإيلاء والعنة . فيكون لها الخيار كما يكون في هذين^(٤).

ويمكن إجمال أقوال الفقهاء هنا في مذهبين^(٥):

المذهب الأول : يرى أن المفقود في حكم الأحياء ، ولا يحكم بموته إلى أن يمضي من عمره مدة لا يعيش إلى مثله غالباً .

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٣٢٥ ، شرح فتح القدير ٤/٤٣٤ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/١٢٧ ، مغني المحتاج ٢/١٣ ، كشاف القناع ٢/٤٢١ ، الحاشية مع المقنع ٢/١١ .

(٢) مجمع الأنهر ١/٧٠٩ .

(٣) مجمع الأنهر ١/٧٠٩ .

(٤) بداية المجتهد ٢/٥٢ .

(٥) هناك قولان آخران مرويان عن الإمام أحمد ، فيحصل في المسألة أربعة مذاهب ، المذهبان المذكوران والآخران هما : أن المفقود حي ولا يحكم بموته أبداً إن كانت غيبته ظاهرة السلامة . الثاني هو : التوقف في المسألة ، وهما روايتان عن الإمام أحمد ، وروي عنه أيضاً القول بالمذهبين المذكورين . فله أربع روايات - المقنع مع حاشيته ٢/٤٤٣ ، ٤٤٤ .

وإلى هذا ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية في الجديد ورواية عند الحنابلة ، وروي عن علي وابن مسعود ، وهو مذهب الإمام مالك في شأن أموال المفقود^(١) ؛ (لأن الإمام مالكا يفرق في حكم المفقود بين أمواله وزوجاته ، بخلاف سائر الفقهاء الذين سواوا بين الجميع في الحكم).

- واختلف أصحاب هذا المذهب في تقدير تلك المدة المضروبة ، ف قيل سبعون سنة ، وقيل ثمانون ، وقيل تسعون ، وقيل مائة ، وقيل يفوض إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف الأشخاص .

وحجة هذا المذهب : الاستصحاب ، حيث إن الأصل حياة المفقود ، والتقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف ، ولا توقيف ههنا ، فوجب التوقف عنه .

ويترتب على هذا المذهب : أن مال المفقود يظل في ملكه لا يقسم ، ولا تفسخ إجارته ، وينصب له القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقه ، كما أن زوجته تظل على ذمته لا تنكح غيره .

المذهب الثاني : يرى أن يضرب للكشف عن المفقود أربع سنوات من يوم رفع أمره للحاكم ، فإن لم يظهر حكم بموته ، ويسري هذا الحكم في حق أموال المفقود وزوجاته .

وإلى هذا المذهب ذهب الشافعية في القديم ، وهو رواية عند الحنابلة ، وبه قال مالك في شأن زوجة المفقود لا أمواله^(٢) .

وروي هذا المذهب عن ابن عباس^(٣) ، وحكى فيه ابن المنذر الإجماع ، فقال : « أجمعوا على أن نفقة زوجة المفقود على زوجها ، ينفق عليها من ماله في العدة بعد الأربع سنين ، أربعة أشهر وعشراً »^(٤) .

(١) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ١/٧١٢ ، بداية المجتهد ٢/٥٢ ، كفاية الطالب الرباني ٨٣/٢ ، المهذب ٢/١٤٦ ، المقنع وحاشيته ٢/٤٤٣ .

(٢) المراجع الفقهية السابقة .

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ١/٢٤٨ ، السنن الكبرى للبيهقي ٧/٤٤٥ .

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ٩٥ ، رقم ٣٧١ .

وحجة هذا المذهب : ما روي عن عمرو بن دينار ، عن يحيى بن جعدة ، أن رجلاً استهوته الجن ، فغاب عن امرأته ، فأتت عمر بن الخطاب ، فأمرها أن تمكث أربع سنين ، ثم أمرها أن تعتد ، ثم تتزوج^(١) .

قالوا : ولأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا وقد تعذر الجميع أولى^(٢) .

واعترض على الأثر المروي عن عمر : بأنه معارض بما روي عن الإمام علي في زوجة المفقود قال : « هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موته أو طلاقه » . كما روي رجوع عمر إلى قول علي عليه السلام^(٣) . وأخرج الدارقطني عن المغيرة بن شعبة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر »^(٤) .

واعترض على دليل المعقول : بأنه لا يجوز القياس على فرقة التعنين والإعسار بالنفقة ؛ لأنه ثبت هناك سبب الفرقة بالتعنين وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت^(٥) .

ويترتب على هذا القول : أن على المتضرر رفع أمر المفقود إلى القضاء ، وعلى القاضي أن يضرب أجلاً للكشف عن المفقود مقدار أربع سنوات ، فإن ظهر وإلا

(١) مجمع الأنهر ١/٧١٣ ، المذهب ١٤٦/٢ ، وقال ابن حجر : « حديث عمر أخرجه مالك والشافعي » ، بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٤٢/٣ رقم ١٠٥٠ - قال الصنعاني : « وفي قصة أخرجه عبد الرزاق بسنده في الفقيه الذي فقد قال : دخلت الشعب فاستهوتني الجن فمكثت أربع سنين فأتت امرأتي عمر بن الخطاب فأمرها أن تبرص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه ثم دعا وليه أي ولي الفقيه فطلقها ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم جئت بعدما تزوجت فخبرني عمر بينها وبين الصديق الذي أصدقها » . سبل السلام ١١٤٢/٣ .

(٢) المذهب ١٤٦/٢ .

(٣) مجمع الأنهر ، المذهب ، المرجعين السابقين - وقال الصنعاني : حديث علي رواه الشافعي عنه موقوفاً ، سبل السلام ١١٤٣/٣ .

(٤) قال ابن حجر : « أخرجه الدارقطني بإسناد ضعيف عن المغيرة بن شعبة » ، بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٤٤/٣ رقم ١٠٥١ . وانظر الحديث في سنن الدارقطني ٣/٣١٢ رقم ٢٥٥ ، نصب الراية ٣/٤٧٣ ، جمع الجوامع للسيوطي حديث ٤٤٠٣ (ط مجمع البحوث) ، كنز العمال للمتقي الهندي حديث رقم ٤٤٧٦٠ .

(٥) المذهب : المرجع السابق .

حكم بموته ، وقسمت أمواله وحلت زوجته للغير بعد التبرص أربعة أشهر وعشراً ، مقدار عدة الوفاة ، من يوم صدور حكم الموت .

والمختار عندي : هو ما ذهب إليه الشافعية في القديم والحنابلة في رواية - أصحاب المذهب الثاني - لمنع الضرر عن الغير ، ولأن المفقود لم يسلم من التقصير والخطأ ، إذ كيف يكون زوجاً وأباً وابناً ويقطع الصلة ما بينه وبين أهله وذويه سنين عدة . فإن كان معذوراً بحبس قضائي أو ظلم ظالم ، فلا ذنب لزوجته أن تبرص على وجه الأبد بغير هدى ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ (الإسراء: ١٥ ، فاطر: ١٨ ، الزمر: ٧). وأرى أن مدة التبرص أربع سنوات كثيرة في ظل هذا العصر الذي تعددت فيه وسائل المواصلات السلوكية واللاسلكية ، وحسب الزوجة أن تبرص زوجها المفقود سنة ، فهي المدة التي قدرها الشرع في بادئ الأمر عدة للمتوفى عنها زوجها ، قبل أن تصير أربعة أشهر وعشراً على وجه الإحكام .

حكم الآبق :

تتعلق بالآبق أحكام كثيرة منها ما يتعلق بأخذه ، والإنفاق عليه ، وبيعه ، وعتقه ، ورده ، وتصرفاته ، وإياقه ، ونكاح زوجته ، وغير ذلك مما كان معروفاً قبل أن تتفق البشرية على حظر التعامل بنظام الرق بكل صورته وأشكاله في منتصف القرن العشرين الميلادي . وأكتفي هنا ببيان حكم أخذ الآبق ؛ لما فيه من وضع اليد ، وسريان حكمه على الضال .

وقد اختلف الفقهاء في حكم أخذ الآبق والضال على النحو الآتي :

(١) ذهب الحنفية والحنابلة : إلى استحباب أخذ كل من الآبق والضال ، وقيل : ترك الضال أفضل ؛ لأنه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه .

والحجة في هذا الاستحباب : أن فيه إحياءً لحق المالك .

ويتقيد هذا الاستحباب بحال إذا لم يخف ضياعهما ، أما إن خاف عليهما الضياع فيفرض أخذهما إنقاداً للأنفس والأموال ، ويحرم أن يكون أخذه لنفسه ، بل

إن عرف مولاها فالأولى أن يوصلها إليه ، وإلا يرفعها إلى الحاكم إذا عجز
عن حفظها بنفسه^(١).

(٢) وذهب المالكية : إلى التفريق بين معرفة رب الأبق وعدم معرفته ، فإن كان
يعرفه فيستحب أخذه لتسليمه إياه حفظاً للأموال ، أما إذا لم يكن يعرفه
فيكره له أخذه لاحتياجه إلى الإنشاد والتعريف^(٢).

(٣) وذهب الشافعية : إلى عدم مشروعية أخذ الأبق ؛ لأنه وضع لليد على ملك
الغير بغير إذن منه^(٣).

والمختار عندي : هو اختلاف الحكم باختلاف الحال ، وجماع الأمر في
حماية النفس من الهلاك ، وحفظ المال من الضياع ، دون الاستيلاء عليه.

إثبات هوية المفقود بحضوره والآبق بتسلمه وإمكان ذلك بالبصمة الوراثية :

(أ) تكلم الفقهاء عن إثبات حضور المفقود حتى لا ينتحل أحد شخصيته بقصد
الاستيلاء على ماله أو الاعتداء على زوجته ، خاصة إذا طال مدة الغياب
وتغيرت هيئته ، واشتروطوا لإثبات حياته شهادة العدول أو غيرها من أدلة
الإثبات بشرط أن لا يكون ذلك بعد مضي زمن لا يعيش إليه أقرانه ؛ لأن
الحياة بعدها نادرة ولا عبرة للنادر^(٤).

ويقول ابن خلف المصري المالكي صاحب كفاية الطالب : « ترفع زوجة
المفقود أمرها إلى الحاكم ليكشف لها عن خبره »^(٥).

ويقول الشيرازي الشافعي : « إن شهد عند القاضي شهود وارتاب بهم فالمستحب
أن يسألهم عن تحمل الشهادة ، ويفرقهم ، ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن
صفة التحمل ومكانه وزمانه »^(٦).

(١) مجمع الأنهر ٧٠٩/١ ، شرح فتح القدير ٤٣٤/٤ ، حاشية ابن عابدين ٣٢٥/٣ ، كشاف القناع
٤٢١/٢ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٧/٤ .

(٣) مغني المحتاج ٤١٠/٢ .

(٤) مجمع الأنهر ٧١٣/١ .

(٥) كفاية الطالب الرياني ٨٣/٢ .

(٦) المهذب ٢٩٦/٢ .

كل هذا يؤكد توجه الفقه الإسلامي للتحري والكشف عن المفقود للتيقن من هويته إذا حضر .

(ب) كما تكلم الفقهاء عن إثبات هوية الآبق لتسلمه .

يقول صاحب مجمع الأنهر : « فإن جاء صاحبه وبرهن واستوثق بكفيل ، إن شاء دفعه إليه ، لجواز أن يدعيه آخر . . ، وفي التنوير : يحلفه القاضي بالله أنه ما أخرجه عن ملكه بوجه ، مع البرهان»^(١) .

كما نص جمهور الفقهاء على أنه لا يدفع الآبق لمدعيه إلا بشاهد ويمين - وهو مذهب المالكية - أو بيينة يقيمها المدعي ، أو اعتراف من العبد أنه سيده ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة .^(٢)

أقول : وإذا كانت الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على عودة المفقود ، ورد الآبق إلى صاحبه ؛ استقراراً للأوضاع في معاملات الناس فإنها مع ذلك تشترط التوثيق والتبين لسد أبواب الشر .
وإذا تمكن المفقود بعد ظهوره أن يثبت هويته بالبصمة الوراثية ، وكذلك صاحب الآبق لأبوه ، فلا وجه أن نطلب منهما بيينة أو يمينا .

المطلب الثاني

قرائن الاتهام

سبق في الحكم التكليفي للبصمة الوراثية تعريف التهمة وبيان حكم الاستبراء منها ، وذكرت إجماع الفقهاء الذي حكاه ابن رشد وابن العربي وابن تيمية على أن للتهمة تأثيراً في الشرع إن كان لها وجه ، وأنه يجب على السلطة المختصة الثبوت والتحقق بما تقتضيه السياسة الدينية .

وفي هذا المطلب أتكلم عن وجه هذا الاتهام عند عدم الدليل ، وهو القرينة الدالة على المتهم ، والتي لا ترقى إلى مرتبة الدليل ، فأبين تعريف القرينة ،

(١) مجمع الأنهر ٧٠٩/١ .

(٢) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ١٢٨/٤ ، الأم ٦٧/٤ ، مغني المحتاج ٤١١/٢ ، المغني ٣٥٧/٦ .

ومشروعيتها ، ثم أذكر نصوصاً من أقوال الفقهاء لاعتبار قرائن وعدم اعتبار قرائن أخرى ، وفقاً لقناعة المجتهد الذي ينظر في موضوع الاتهام وشخص المتهم وقوة القرينة ، وله بعد ذلك السلطة التقديرية في القبول أو الرفض ، وأنتهى ببيان منزلة البصمة الوراثية من القرائن القائمة على الآثار البشرية .

تعريف القرائن :

القرائن في اللغة جمع قرينة ، وهي مأخوذة من قرن الشيء بالشيء ، أي شده إليه ووصله به . وقرن الشيء إلى الشيء ، وقرن بين الشيئين ، قرناً وقراناً . وأقرن فلان : جمع بين شيئين أو عمليين . واقترن الشيء بالشيء : اتصل به وصاحبه . وتقارن الشيئان : تلازما^(١) .

والقرينة في اصطلاح الفقهاء هي : ما يدل على المراد من غير كونه صريحاً^(٢) . وفي مجلة الأحكام العدلية تعرف المادة ١٧٤١ منها القرينة القاطعة بأنها : « الأمانة البالغة حد اليقين » .

مشروعية العمل بالقرائن :

يدل للعمل بالقرائن الكتاب والسنة والمأثور :

١- أما دليل الكتاب فمنه قوله تعالى : ﴿ وَجَاءَ وَعَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾ (يوسف: ١٨)

ووجه الاستدلال يذكره القرطبي ، ويقول : « إنهم لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم ، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها ، وهي سلامة القميص من التمزق ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص »^(٣) .

وقال ابن فرحون : « أجمعوا على أن يعقوب - عليه السلام - استدل على كذبهم بصحة القميص ، وهذا دليل على إعمال الأمارات »^(٤) .

(١) لسان العرب ، المعجم الوسيط - مادة : قرن .

(٢) التعريفات للجرجاني - مصطلح : قرينة .

(٣) تفسير القرطبي ١٧٣/٩ .

(٤) التبصرة لابن فرحون ٩٥/٢ .

كما يدل لمشروعية العمل بالقرائن من الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ (٢٦، ٢٧).
 قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَّبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿ (يوسف: ٢٦، ٢٧).

ووجه الدلالة : أن الله تعالى ذكر هذه الآية لبيان براءة يوسف - عليه السلام - وهي قائمة على الأمانة ، حيث إن كان قميصه مشدوداً من قُبُل ، أي من قدامه ، فهي صادقة في ادعائها عليه ؛ لأنه يكون لما دعاها وأبت عليه ، دفعته في صدره فقدت قميصه فيصح ما قالت . أما العكس وهو قد القميص ، أي شده ، من الدبر فهو أمانة على أنه لما وقع منه الهرب منها أمسكت بقميصه من ورائه لترده إليها ، وبهذا أظهر الله براءة يوسف عليه السلام^(١).

ويدل على مشروعية العمل بالقرائن من الكتاب أيضاً قوله تعالى : ﴿ فَأَعْتَبِرُوا يَتَأُولَى الْأَبْصَارِ ﴾ (الحشر: ٢).

ووجه الدلالة : أن الله تعالى أمر بالتفكير والتبصر والاعتبار ، والأمر بالشيء موجب للأخذ بثمرته .

٢- وأما دليل السنة : فأحاديث كثيرة ، أذكر منها حديث ماعز الذي أقر على نفسه بالزنى ، فقد ورد في بعض رواياته أن النبي ﷺ أمر من يشم رائحة فمه ، لعله أن يكون شاربياً قبل اعترافه على نفسه^(٢). فقد أخرج مسلم من حديث بريدة ، قال : جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، طهرني . فقال : « ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه » ، قال : فرجع غير بعيد ، ثم جاء فقال : يا رسول الله طهرني . حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله ﷺ : « فيما أطهرك » ؟ فقال : من الزنى . فسأل رسول الله ﷺ : أبه جنون ؟ فأخبر أنه ليس

(١) تفسير ابن كثير ٢/٦٥٢ .

(٢) سبل السلام ٤/٢٧٢١ - وحديث ماعز متفق عليه ، وسبق تخريجه في حكم التهمة بما لو ثبتت توجب حداً ، وذلك في مطلب صفة مشروعية البصمة الوراثية قصداً في الباب الأول من الفصل الأول من المطلب الأول ، كما ستأتي الإشارة له في دليل الإقرار على ثبوت الفرائض ، وأيضاً في الفصل الثاني مع بيان الأحكام التي لم تمسها البصمة الوراثية ومنها الحدود ، في هذا الباب .

بمجنون . فقال : « أشرب خمراً »؟ فقام رجل فاستنكهه ، فلم يجد منه ريح خمر . قال : فقال رسول الله ﷺ : « أزنيت »؟ قال : نعم ، فأمر به فرجم^(١) .
ومنها ما أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر ، ولا تُنكح البكر حتى تستأذن » . قالوا : يا رسول الله - وكيف إذن؟ قال : « أن تسكت »^(٢) .

ووجه الدلالة من الحديث الأول : أن النبي ﷺ اعتبر رائحة الخمر في فم ماعز أمانة على فساد اعترافه ، فلما تبين له عدم الرائحة اعتبر الاعتراف .
وفي الحديث الثاني : اعتبر الرسول ﷺ سكوت البكر أمانة على موافقتها ، لغلبة الحياء عليها .

- كما يدل من السنة على اعتبار الأثر والقرينة : ما أخرجه الشيخان من حديث عبد الرحمن بن عوف ، قال : بينما أنا واقف في الصف يوم بدر ، نظرت عن يميني وشمالي فإذا أنا بين غلامين من الأنصار ، حديثه أسنانها ، فغمزني أحدهما فقال : يا عم ، هل تعرف أبا جهل ؟ قال : قلت نعم ، وما حاجتك إليه يا ابن أخي ؟ قال : أخبرت أنه يسب رسول الله ﷺ ، والذي نفسي بيده لئن رأيته لا يفارق سوادي سواده حتى يموت الأعجل منا . قال : فتعجبت لذلك . فغمزني الآخر ، فقال مثلها . قال : فلم أنشب أن نظرت إلى أبي جهل يزول في الناس ، فقلت : ألا تريان ، هذا صاحبكما الذي تسألان عنه . قال : فابتدراه فضرباه بسيفيهما حتى قتلاه ، ثم انصرفا إلى رسول الله ﷺ ، فأخبراه ، فقال ﷺ : « أيكما قتله ؟ » قال كل واحد منهما : أنا قتلته . فقال ﷺ : « هل مسحتما سيفيكما ؟ » قالوا : لا ، فنظر في السيفين ، فقال : « كلاكما قتله »^(٣) .

(١) صحيح مسلم ١٣٢٢/٣ رقم ١٦٩٥ .

(٢) صحيح البخاري ١٩٧٤/٥ رقم ٤٨٤٣ ، صحيح مسلم ١٠٣٦/٢ رقم ١٤١٩ - وفي رواية لمسلم عن ابن عباس مرفوعاً : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها » ، صحيح مسلم ١٠٣٧/٢ رقم ١٤٢١ .

(٣) صحيح البخاري ١١٤٤/٣ رقم ٢٩٧٢ ، صحيح مسلم ١٣٧٢/٣ رقم ١٧٥٢ .

قال ابن فرحون في بيان جهة الاستدلال : « فحكّم النبي ﷺ بالأثر في السيف في هذا الحديث ، وفي قصة عبد الله بن أنيس وأصحابه ﷺ لما دخلوا الحصن على ابن أبي الحقيق ليقتلوه ، وكان ذلك ليلاً ، فوقعوا فيه بالسيوف ، ووضع عبد الله بن أنيس السيف في بطنه وتحامل عليه حتى نبع ظهره ، فلما رجعوا وقد قتلوه ، نظر عليه الصلاة والسلام إلى سيوفهم فقال : « هذا قتله » ؛ لأنه رأى على السيف أثر الطعان»^(١).

٣- وأما دليل المأثور : فمنه ما أخرجه عبد الرزاق ، أن عمر بن الخطاب أقام الحد على من وجد في فمه رائحة الخمر ، كما أخرج مسلم عن حزين ابن المنذر « أبو ساسان » أن رجلاً شهد على الوليد بن عقبة أنه رآه يتقيأ الخمر ، فقال عثمان : إنه لم يتقيأها حتى شربها . وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليهما أحد ، فكان إجماعاً^(٢).

كما ذكر ابن القيم أن إياس بن معاوية استند إلى الأثر ، حين اختصم عنده رجلان في قطيفتين ، إحداهما حمراء ، والأخرى خضراء ، وأحدهما يدعي التي بيد الآخر ، وأنه ترك قطيفته ليغتسل ، فأخذها الآخر وترك قطيفته هو في محلها ، ولم توجد بينة . فطلب إياس أن يؤتى بمشط ، فسرح رأس هذا وسرح رأس هذا ، فخرج من رأس أحدهما صوف أحمر ، فقضى بالحمراء للذي خرج من رأسه الصوف الأحمر ، وبالخضراء للذي خرج من رأسه الصوف الأخضر^(٣).

كما ذكر ابن القيم أنه في إحدى القضايا هرب القاتل واندس بين الناس فلم يُعرف ، فمر المعتضد على الناس يضع يده على قلب كل واحد منهم واحداً بعد

(١) تبصرة الحكام ١٢١/٢ - وحديث قصة عبد الله بن أنيس ذكره ابن سعد في الطبقات الكبرى ٩١/٢ ، ٩٢ بدون إسناد .

(٢) مصنف عبد الرزاق ٢٢٨/٩ ، صحيح مسلم ١٣٣١/٣ رقم ١٧٠٧ . وانظر أيضاً : التبصرة لابن فرحون ٩٧/٢ ، سبل السلام ١٣١٤/٤ ، وسيأتي ذكر الأثرين بطولهما في الفصل الثاني مع بيان الأحكام التي لم تمسها البصمة الوراثية ومنها الحدود .

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٣٢ .

واحد فيجده ساكناً ، حتى وضع يده على فؤاد الغلام ، فإذا به يخفق خفقاً شديداً ،
فركضه برجله ، واستقره فأقر ، فقتله^(١) .

بعض أقوال الفقهاء في اعتبار القرائن :

أذكر فيما يلي بعض نصوص من أقوال الفقهاء في اعتبار العمل بالقرائن :

١- يقول ابن نجيم الحنفي : « إن الحجة - أي التي يعتمدها القاضي - بينة عادلة ،
أو إقرار ، أو نكول عن يمين ، أو يمين ، أو قسامة ، أو علم القاضي بعد توليه ،
أو قرينة قاطعة^(٢) .

٢- وتذكر مجلة الأحكام العدلية من أمثلة القرائن القطعية : مشاهدة شخص خارج
من دار خالية ، خائفاً ، مدهوشاً ، في يده سكين ملوثة بالدم ، فلما وقع
الدخول للدار رثي فيها شخص مذبح في ذلك الوقت يتشخط في دمائه ، فلا
يشتبه هنا في كون ذلك الشخص هو القاتل ، لوجود هذه القرينة القاطعة^(٣) .

٣- ويقول ابن فرحون المالكي : « قال ابن العربي - الفقيه المالكي - على الناظر
أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت ، فما ترجح منها قضى بجانب
الترجيح ، وهو قوة التهمة ، ولا خلاف في الحكم بها ، وقد جاء العمل بها في
مسائل اتفقت عليها المذاهب الأربعة ، وبعضها قال به المالكية خاصة^(٤) .

٤- ويقول الصنعاني : « الأصل أن سكوت البكر - في تزويجها - يعلم منه رضاها ،
لأنها تستحي إلا أن تبكي . وقيل : لا أثر لبكائها في المنع إلا أن يقترن
بصياح ونحوه . وقيل : يعتبر الدمع . والأولى أن يرجع إلى القرائن فإنها
لا تخفى^(٥) .

(١) الطرق الحكمية ، المرجع السابق ص ٤١ .

(٢) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٨٩ .

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٧٤١ .

(٤) التبصرة لابن فرحون ٩٧/٢ ، ٩٨ .

(٥) سبل السلام ٩٩٠/٣ مع تصرف .

٥- وقد ذكر ابن فرحون صوراً كثيرة لعمل الفقهاء بالدلائل والقرائن ، أذكر منها ما يلي :^(١)

أ- أجمع الفقهاء على أن الرجل يدخل على زوجته ليلة الزفاف ، وإن لم يشهد عنده عدلان أن هذه فلانة بنت فلان التي عقد عليها ، اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة .

ب- اعتماد الناس قديماً وحديثاً على الصبيان والإماء المرسلة معهم الهدايا إليهم ، فيقبلون أقوالهم ، ويأكلون الطعام المرسل به .

ج- الشرب من المصانع الموضوعة على الطرقات ، وإن لم يعلم الشارب إذن أربابها في ذلك لفظاً ، اعتماداً على دلالة الحال .

د- القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام ، ليس ذلك إلا رجوعاً إلى مجرد القرينة الظاهرة ، فقدمت على أصل براءة الذمة .

هـ- جواز دفع اللقطة لو اصف عفاصها ووكاءها ، اعتباراً بالعرف .

القرائن مهما قويت ليست دليلاً :

يجب التنبيه إلى أن القرائن مهما كانت قوية لا ترقى إلى درجة الدليل ؛ لذلك يجب إعمال السلطة التقديرية في قبولها بحسب ما يطمئن إليه القلب . ومن هنا كان الإمام المزني الشافعي ينبه إلى عدم جواز الحكم بالظنون ، بعد أن ذكر النزاع بين الزوجين على متاع البيت ، وتنازع عَطَّار ودَبَّاع . وقال : إنه لو صح استعمال الظنون لقضى بالعطر للعطار والدبَّاع للدبَّاع^(٢) .

ويحكى ابن القيم الجوزية قصة القصاب الذي ذهب إلى خربة للتبول ومعه سكين ، فإذا به أمام مقتول يتشحط في دمه ، وما أفاق من ذهوله حتى وجد

(١) التبصرة لابن فرحون ٩٥/٢ - ١٠٠ .

(٢) مختصر المزني على هامش الأم ٢٦٦/٥ .

العسس^(١) يقبضون عليه ، وقد عجز عن الدفاع عن نفسه معتقداً أن الأدلة جميعها ضده ، ولم ينقذه من العقوبة إلا إقرار القاتل الحقيقي بالجريمة^(٢).

منزلة البصمة الوراثية من القرائن القائمة على الآثار البشرية :

عرفنا أن الفقه الإسلامي يعتبر القرائن التي تدل على المراد من غير تصريح ، سواء أكانت القرائن مادية أم معنوية ، ويجوز للقاضي أن يحكم استناداً إليها كلما وجد في ذلك مصلحة .

والبصمة الوراثية حدث علمي جديد ، تدل باليقين على صاحب الأثر المتروك في ساحة الجريمة ، ولكن ليس بالتأكيد أن صاحب هذا الأثر هو الجاني ، فربما تصادف وجوده لحظة ارتكابها دون أن يكون هو الفاعل أو المشارك .

لذلك نرى المحاكم الأوربية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية للتعرف على المتهمين ، ليست على أنها الدليل وإنما هي قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشك في جرائم السرقة والقتل والاعتصاب والجرائم الجنسية^(٣).

وليس هناك ما يمنع في فقهننا الإسلامي من الاعتماد على البصمة الوراثية قرينة نفي أو إثبات تعتمد الآثار البشرية كالدم واللعب والشعر ونحوها ، بل وفي الأخذ بها مزيد من الضمانات للمتهمين ، وتقليل للسلطة التقديرية في يد القضاء .

* * *

(١) وهم من يطوفون بالليل للكشف عن أهل الريبة ، تقول : عس - بتشديد السين - فلان عسا فهو عاس . والجمع عسس - بفتح العين والسين - وعساس - بكسر العين وفتح السين . لسان العرب ، المعجم الوسيط ، مادة : عسس .

(٢) الطرق الحكمية ص ٢٨ .

(٣) توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة ص ١٨٩ .

المعاملات الشرعية المتعلقة بتحقيق الهوية بصفاتھا المرجعية

تمهيد وتقسيم :

بعد أن باتت معرفة أصول الإنسان وفروعه الطبيعيين ، عن طريق « البصمة الوراثية » حقيقة مسلمة ، فإن الأمر بالتأكيد يمس مسائل فقهية ظلت تعتمد على أرجح الظنون دهرًا طويلًا ، حتى استقر العمل بها ، وحسبها البعض أصولاً وقواعد ثابتة ، وهي في الحقيقة لا تعدو أن تكون عملاً بالممكن المشاهد ، وتفسيراً للنصوص بأدوات العصر ، ولم يكن في المقدور الحكم بما هو أبعد من ذلك وإلا كان خيالاً .

ولأن الإسلام هو خاتم الأديان فقد جعل الله تعالى أصوله النصية من الكتاب والسنة معجزة تصلح لكل زمان ومكان ، فعلى كل أهل عصر ومصر أن يعملوا أدوات العقل والعلم ، وأن يخلصوا في الفهم والتطبيق . وقد ذكر ابن عابدين الابن تعليقاً على رسالة والده المسماة « نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف » فقال : « للمفتي الآن أن يفتي على عرف أهل زمانه وإن خالف زمان المتقدمين »^(١).

وفي هذه الأيام ظهرت ، بل وانتشرت في أوروبا ، « البصمة الوراثية » التي يرى فيها الإنسان بعينه عن طريق مجاهر خاصة العلاقة الحقيقية بين الإنسان وبين أصوله وفروعه ، ويتم تسجيلها عن طريق التقاط صورتها في ورقة مطبوعة ، فهل يكون في مقدورنا أن نغض الطرف ونتجاهل الرؤية ونستمر في الحكم بالظاهر القديم الذي أصبح اليوم ماضياً ، ونغالط أنفسنا في الأحكام المترتبة على ذلك ؟ أم يلاحق المسلم أدوات عصره ، وينتفع بفضل ربه لينظر إلى الواقع بعينه لا بعين

(١) مجموع رسائل ابن عابدين ١٢٦/٢ .

غيره ، وبإمكاناته لا بإمكانات غيره ، وصدق الله حيث يقول : ﴿ وَكُلُّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَبْعَهُ فِي عُنُقِهِ ﴾ (الإسراء: ١٣). وقال جل شأنه : ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً ﴾ (الإسراء: ٣٦).
كما أنكر القرآن الكريم على الذين لا يعملون حواسهم ، فقال سبحانه : ﴿ وَلَقَدْ دَرَأْنَا لِحَظَنَّتِهِمْ كَثِيرًا مِّنَ الْجِنَّةِ وَالْإِنْسِ هُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا وَهُمْ أَعْيُنٌ لَا يُبْصِرُونَ بِهَا وَهُمْ آذَانٌ لَا يَسْمَعُونَ بِهَا أُولَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُولَئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ ﴾ (الأعراف: ١٧٩).

إن أهم المسائل الفقهية التي تمسها «البصمة الوراثية» بصفاتها المرجعية ، هي ثبوت النسب ، ونفيه ، مع ما يترتب على ذلك من آثار المحرمة والرحمية والإنفاق والميراث والعقل (تحمل الدية) والولاية ، والجنسية ، وغير ذلك .

وسوف أتناول هذين الموضوعين : ثبوت النسب الشرعي ونفيه ، في مطلبين :
المطلب الأول : أتكلم فيه عن الثبوت الشرعي للنسب وعلاقته بالبصمة الوراثية .
المطلب الثاني : أتكلم فيه عن النفي الشرعي للنسب ، وعلاقته بالبصمة الوراثية .

المطلب الأول

الثبوت الشرعي للنسب وعلاقته بالبصمة الوراثية

أتكلم في هذا المطلب عن أسباب النسب الشرعي ، وأدلة ثبوته ، وحكم تعارضها ، وموقف البصمة الوراثية منها . كما أتكلم عن أثر ثبوت النسب وعلاقته بالجنسية . وعلى هذا فإنني أقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على الوجه الآتي :

الفرع الأول : أسباب النسب الشرعي .

الفرع الثاني : أدلة ثبوت النسب وحكم تعارضها وموقف البصمة الوراثية منها (دعوى تصحيح النسب) .

الفرع الثالث : أثر ثبوت النسب الشرعي وعلاقته بالجنسية .

الفرع الأول

أسباب النسب الشرعي

قبل الحديث عن أسباب النسب شرعاً يجب التمهيد بالحديث عن مبدأ تحديد أسباب للنسب ، وقد رأيت أن أجعل كل عنصر منهما في غصن مستقل ؛ لأهمية هذا التمهيد الذي يرقى إلى درجة موضوع الفرع .

الغصن الأول

مبدأ تحديد أسباب للنسب

إن من حق أي تشريع أو نظام مدني أن يضع الأسباب المقتضية للأحكام بما يتناسب وأهداف هذا التشريع ومدى حرصه على تحقيق الانضباط والاستقرار . ومن أهم الأحكام الاجتماعية وأخطرها على الإطلاق حكم النسب الذي به يعرف الإنسان أباه وأمه وأجداده وأعمامه وأخواله وإخوانه وأولاده وسائر أفراد عائلته المقربين .

وفي الجاهلية قبل الإسلام لم يكن النسب أمراً ذا بال عند أكثر القبائل ، فلم يكن من الأهمية بمكان أن ينسب الولد لأب معين اكتفاءً بنسبته إلى القبيلة التي كان التفاخر بالنسبة إليها والانتماء لها .

وفي مقابل ذلك لم يكن هناك ما يمنع مما ساد في الجاهلية من نظام التبني ، فإذا أعجب الرجل بأحد الغلمان - ولو كان معروف الأب - كان له أن يتخذه ابناً ويلحقه بنسبه ويدخله في أسرته كأحدهم ، وربما فضله على أقرانه^(١) .

وكان من أثر ذلك أن كان هناك أبناء لهم آباء لا ينتسبون إليهم ، وأبناء لا يعرفون آباءهم ، وأبناء أدياء يشاركون الأبناء الصليبين في حقوقهم ، بل ويتميزون عليهم في بعض الأحيان ، وغير ذلك من الآثار .

ولا يعني هذا انعدام القبائل والأسر المحافظة التي تحرص على نسبة الولد لوالديه الحقيقيين ، وإن ظل نظام التبني سائداً حتى نزلت آية الأحزاب تمنع هذا النظام في قوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ أَلْتَى تَظْهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ (١) أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴿ (الأحزاب: ٤، ٥)

والسبب في إهدار الجاهلية لشرف النسب للأب ، واعتباره أمراً غير ذي بال هو ما كان سائداً في نظام التوارث والزواج القائمين على معايير أخرى دون خصوصية النسب ، فيصح للرجل أن يورث ماله لمن يشاء دون الالتزام بقربته^(٢) ، حتى أنزل الله قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ (النساء: ١١) كما كان يصح للرجل في الجاهلية أن يشترك مع من يشاء في معايشة امرأة واحدة .

يدل لذلك : ما أخرجه البخاري من حديث السيدة عائشة رضي الله عنها قالت : إن النكاح

(١) سيأتي بإذن الله تعالى مزيد من تفصيل في هذا الموضوع مع بيان النفي الشرعي للنسب بالتبني .

(٢) تفسير ابن كثير ١/ ٨٠٦ .

كان في الجاهلية على أربعة أنحاء . فكان منها : نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل إلى الرجل وليته فيصدقها ثم ينكحها .

ونكاح آخر : كان يقول الرجل لامرأته - إذا ظهرت من طمثها - أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه ، ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه ، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إن أحب ، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد ، فكان هذا النكاح يسمى نكاح الاستبضاع .

ونكاح آخر : يجتمع الرهط دون العشرة فيدخلون على المرأة كل يصيبها ، فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليال بعد أن تضع حملها أرسلت إليهم ، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع ، حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم : قد عرفتم الذي كان من أمركم ، وقد ولدت ، وهو ابنك يا فلان . فتسمي من أحبت منهم باسمه ، فيلحق به ولدها .

ونكاح رابع : يجتمع الناس الكثير ، فيدخلون على المرأة ، لا تمتنع ممن جاءها ، وهن البغايا ، كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علماً ، لمن أرادهن دخل عليهن ، فإذا حملت فوضعت حملها جمعوا لها ، ودعوا لهم القافة ، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون ، فالتاطه ودعي ابنه ، لا يمتنع من ذلك .

فلما بعث الله محمداً ﷺ هدم نكاح أهل الجاهلية كله إلا نكاح أهل الإسلام اليوم^(١) .

أقول : وفي جاهلية العلائق الاجتماعية في أوروبا وأمريكا الاجتماعية اليوم ، تنظر إلى النسب نظرة هامشية ، ولا يرون حرجاً من العمل بنظام التبني الذي حرمه الإسلام لمخالفته الفطرة والحقيقة ، فرتيس أمريكا المعاصر لتأليف هذا الكتاب في طبعته الأولى في ختام الألفية الثانية من التاريخ الميلادي والمعروف باسم : «بل كلنتون» ، هو منسوب إلى زوج أمه ، وليس منسوباً لأبيه الحقيقي^(٢) ، وهو أمر

(١) صحيح البخاري ١٩٧٠/٥ رقم ٤٨٣٤ .

(٢) اسمه الحقيقي «وليم جيفرسون بليز» ولد في ولاية أركنساس في السابع عشر من أغسطس سنة ١٩٤٦م وأمة تدعى فيرجينيا بليز - مات أبوه «جيفرسون بليز» في حادث سيارة قبل ولادته بثلاثة شهور ، وعندما أتم عامه الثاني ذهب ليعيش مع جدّيه حيث كانت أمه تدرس التمريض في ولاية نيواورليانز ، وعندما بلغ الرابعة من عمره تزوجت أمه من «روجر كلينتون» بائع سيارات ، وانتقلوا جميعاً للعيش في ولاية أركنساس ، وحصل منذ هذا التاريخ على لقب زوج أمه . وتولى رئاسة أمريكا في دورتين بالانتخاب من مارس ١٩٩٣م حتى مارس ٢٠٠١م .
المرجع : موقع الإنترنت في : gi.gorlier.com/presidents/nbk/bios/42_pclin.html

معتاد منتشر عندهم ، يتبرأ من يشاء من ولده ، ويختار من يشاء أباً ينسب إليه غير أبيه . والسر في ذلك هو تسيب المجتمع في حرية العلاقة الجنسية ، وكثرة الأولاد مجهولي الآباء .

ولذلك كان من حجة الله عليهم أن جعلهم أول من يكتشف « البصمة الوراثية » ، والتعرف على الآباء الطبيعيين ، وهم وإن كان بعضهم نتاج علاقة على غير وفق الضوابط الإسلامية إلا أننا نعتبر أنكحة غير المسلمين لأنفسهم ، ونقر بها لهم^(١) . يقول ابن تيمية : « اليهودي إذا تزوج بنت أخيه كان ولده منها يلحقه نسبه ويرثه باتفاق المسلمين ، وإن كان ذلك النكاح باطلاً باتفاق المسلمين ، ومن استحله (أي من المسلمين) كان كافراً تجب استتابته »^(٢) .

جاء الإسلام ورأى أن أولى الناس بالمال بعد موت صاحبه هم أولاده من صلبه وزوجته ووالداه ثم سائر قرابته ، حتى تزيد أواصر المناصرة والرعاية بين أفراد الأسرة ، كما جاء الإسلام بأحكام المحارم ، فلا تحل المرأة لأحد من رجال أصولها (الأب والجد وإن علا) ولا فروعهم الأول (الأخوة والأعمام) ، ولا فروع فروع الأصل الأول (ابن الأخ وإن نزل) ، كما لا تحل المرأة لأحد من رجال فروعها (الأولاد) ، وذلك حتى لا تكون مثاراً للنزاع وتفرق الأسرة ، وحتى تدفع هؤلاء الرجال إلى نصرتها وحماتها .

فكان حرياً بالإسلام أن يهتم بالنسب ويعظم أمره ويجعل شأنه ، وينشئ له من الأسباب ما يحقق هدفه من تكوين الأسرة المستقيمة المترابطة التي تشعر بالعزة والمنعة ، وتبعدها عن الأهواء من الإضافة والحذف لأعضائها الشرعيين .

(١) سبق أن ذكرنا في الأحكام التكليفية للبصمة الوراثية مع بيان التحقق بالبصمة الوراثية من النسب حال استقراره ، مسألة : (التحقق الجماعي للنسب) في بيان سياسة الإسلام في التدرج حديث ابن عباس أن النبي ﷺ رد ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بعد ست سنين بالنكاح الأول ولم يحدث نكاحاً . قال ابن حجر : «رواه أحمد والأربعة إلا النسائي وصححه أحمد والحاكم» - بلوغ المرام مع سبل السلام ١٠١٤/٣ رقم ٩٤٥ . وأخرجه الترمذي وقال : «ليس بإسناده بأس» - سنن الترمذي ٤٤٨/٣ رقم ١١٤٣ - وعن الضحاك بن فيروز الديلمي عن أبيه أنه قال للنبي ﷺ : أسلمت وتحتي أختان؟ قال : «طلق أيتهما شئت» . قال ابن حجر : «رواه أحمد والأربعة إلا النسائي ، وصححه ابن حبان» - بلوغ المرام مع سبل السلام ١٠١٢/٣ رقم ٩٤٣ . وانظر حديث الضحاك في صحيح ابن حبان «٤٦٢/٩ رقم ٤١٥٥ ، سنن ابن ماجه ٦٢٧/١ رقم ١٩٥١ ، سنن أبي داود ٢٧٢/٢ رقم ٢٢٤٣ .

(٢) مجموع الفتاوى ١٤/٣٤ .

الغصن الثاني الأسباب الشرعية للنسب

تمهيد وتقسيم :

حدد القرآن الكريم الطريق الشرعية لمعاشرة النساء في النكاح وملك اليمين (التسري) ، ولا ثالث لهما . يقول ابن رشد : كل امرأة تحل في الشرع بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك اليمين^(١) .

يدل لذلك قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَفِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَلَهُنَّ مِثْرُ مَا لَهُنَّ مِثْرًا ۚ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ عَلَىٰ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لَكَ مِثْرًا مِثْرًا ۚ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ عَلَىٰ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لَكَ مِثْرًا مِثْرًا ۚ ﴿ (المؤمنون: ٥-٧) ، (المعارج: ٢٩-٣١) .

وقال تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي ءَاتَيْتَ أَجُورَهُنَّ ۚ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ ﴾ (الأحزاب: ٥٠) .

ولا يخفى أن لكل من النكاح والتسري شروطاً وضوابط يجب توفرها وإلا كانت العلاقة الجنسية آثمة . ومن أهم تلك الشروط : أن يكون موضوع العقد جائزاً ، فلا يصح النكاح بين المحارم ، كما لا يجوز التسري مع انعدام الأرقاء بعد الإجماع الإنساني المعاصر على حظر التعامل بنظام الرق بكل صوره وأشكاله فيما يعرف من وثيقة حقوق الانسان العالمية سنة ١٩٤٨ م . إلا أن حظر التعامل بنظام الرق لا يزال اتفاقاً إنسانياً ، وهو اتفاق ملزم لأطرافه توجب الشريعة الإسلامية الوفاء به ؛ لعموم الأدلة الآمرة بالوفاء بالعقود والعهود . ولكن إن طرأ على البشرية اعوجاج وعادت إلى العمل بنظام الرق لسبب أو آخر فإن المسلمين سيكونون في حل من هذا الحظر ؛ للمعاملة بالمثل .

وبهذه العلاقة الشرعية (النكاح والتسري) يعترف الإسلام بالنسب ، ويلحق ثمرة هذه العلاقة لأصحابها .

(١) بداية المجتهد ١٣/٢ .

قال تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ﴾ (البقرة: ٢٣٣).

وقال تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّحْيُ وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴾ (المجادلة: ٢). وهذه الآية واضحة الدلالة في حقيقة الأم شرعاً .

يقول ابن كثير في تفسير الآية الأولى : « وعلى المولود له » أي وعلى والد الطفل ، وقوله تعالى : ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا ﴾ ، أي بأن تدفعه عنها لتضر أباه بتربيته . وقوله : ﴿ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ﴾ ، أي بأن يريد أن ينتزع الولد منها إضراراً بها^(١) . وبناء على ما سبق ، فقد أجمع المسلمون على ثبوت النسب الشرعي إن جاء الولد ثمرة الزواج أو التّسري على الوجه المشروع ، وإن اختلفوا في بعض وجوه المشروعية لهما ، كما ألحقوا بهما شبههما ، حيث جعلوا الوطاء بشبهة ملحقاً بالزواج ، ووطء الأمة المشتركة ملحقاً بالتسري ، وسأحاول إيجاز تلك الأحكام في البرعمين التاليين :

البرعم الأول

الزواج وشبهته

أتكلم هنا عن تعريف الزواج ومشروعيته ، كما أبين أركانه وشروطه ، ثم أوضح شبه الزواج .

أولاً : تعريف الزواج :

الزواج في اللغة : اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى . والنكاح هو الزواج . والنكاح في اللغة - على الأشهر - حقيقة في الوطاء مجاز في العقد^(٢) .

(١) تفسير ابن كثير ١/٣٨٢ .

(٢) لسان العرب - المعجم الوسيط - مادة : زوج ، ومادة : نكح .

والزواج في اصطلاح الفقهاء : هو النكاح ، ويطلق عند الجمهور على : «العقد الذي يرد على ملك المتعة قصداً» ، ويطلق على الوطاء مجازاً ، عكس التعريف اللغوي ، وقد يستعمل عرفاً مراداً به الوطاء ، كقوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (البقرة: ٢٣٠) .

قالوا : والمقصود بملك المتعة : حل استمتاع الرجل بالمرأة ، فالمراد بالعقد الحاصل بالمصدر . وقوله «قصداً» ليخرج ما يفيد الحل ضمناً كما إذا ثبت في ملك الرقبة كسواء جارية للتسري ، فإنه موضوع شرعاً لملك الرقبة وملك المتعة ثابت ضمناً وإن قصده المشتري^(١) .

ثانياً : مشروعية الزواج

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

(١) أما الكتاب : فأيات كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ (النور: ٣٢) .

يقول ابن كثير : « هذا أمر من الله تعالى بالتزوج ، والأيامي جمع أيم ، ويقال ذلك للمرأة التي لا زوج لها وللرجل الذي لا زوجة له ، سواء كان قد تزوج ثم فارق أو لم يتزوج واحد منها . يقال : رجل أيم وامرأة أيم^(٢) .

(٢) وأما السنة : فأحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه الشيخان عن عبد الله ابن مسعود ، أن النبي ﷺ قال : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء^(٣) .
يقول الصنعاني : « والجمهور على أن الأمر بالزواج للندب ؛ لأن الله تعالى خير بين التزوج والتسري بقوله : ﴿ فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (النساء: ٣) ، والتسري لا يجب إجماعاً ، فكذا النكاح ؛ لأنه لا تخيير بين واجب وغير واجب^(٤) .

(١) مجمع الأنهر ١/٣١٦ ، كفاية الطالب الرباني ٢/٥٠ ، المهذب ٢/٤١ ، زاد المعاد ٣/٣ ، العدة ص ٣٦٠ .

(٢) تفسير ابن كثير ٣/٣٨٣ .

(٣) صحيح البخاري ٥/١٩٥٠ رقم ٤٧٧٨ ، صحيح مسلم ٢/١٠١٨ رقم ١٤٠٠ .

(٤) سبل السلام ٣/٩٧٣ .

(٣) وأما الإجماع : فقد حكى ابن رشد إجماع الأمة الإسلامية على مشروعية النكاح ، وإن اختلفوا في صفة مشروعيته ، فذهب الجمهور إلى أنه مندوب ، وذهب أهل الظاهر إلى أنه واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب ، وفي حق بعضهم مباح ، وذلك بحسب ما يخاف على نفسه من العنت^(١) .

ثالثاً : أركان عقد الزواج وشروطه :

يرى الحنفية : أن عقد الزواج يتكون من الصيغة (الإيجاب والقبول) كسائر العقود .

ويرى الجمهور : أن لعقد الزواج أركاناً خمسة هي : الولي والصداق والزوج والزوجة والصيغة .

والخلاف قريب بين الحنفية وبين الجمهور في الأركان ؛ لأن الصيغة التي تتكون من إيجاب وقبول تستلزم عاقلين ومعقوداً عليه ، غير أن الحنفية يرون صحة عقد زواج المرأة الرشيدة بنفسها وتكون هي ولية نفسها ، والجمهور يرون أن الولي من أركان عقد الزواج لا يصح إلا به^(٢) .

هذا ، وقد وضع الفقهاء شروطاً لعقد الزواج تضمن سلامته واستقامته ، واختلفوا في بعضها ، ولهم في ذلك تفصيل طويل أحيل إليه في كتب الفروع .

رابعاً : شبهة الزواج :

يعرف صاحب مجمع الأنهر « داماد أفندي » الشبهة بأنها : « ما يشبه الثابت وليس في نفس الأمر بثابت . أو اسم من الاشتباه ، وهي ما بين الحلال والحرام والخطأ والصواب »^(٣) .

(١) بداية المجهتد ٢/٢ .

(٢) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ١/٣١٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٢٠ ، بداية المجهتد ١١/٢ ، المهذب ٢/٣٥ ، العدة ص ٣٦١ - ويلاحظ أن المالكية يجوزون للمرأة أن تلي عقد الزواج بإذن الولي من الرجال ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في أركان التعامل بالبصمة الوراثية في الهامش .

(٣) مجمع الأنهر ١/٥٩٢ .

والمقصود بشبهة الزواج : كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجاً شرعياً صحيحاً ، وليست زنى حتى توجب الحد ، ويثبت بها النسب .

وقد اختلف الفقهاء في حصر أنواع تلك الشبهات ، كما اختلفوا في اعتبار بعضها بما يدرأ الحد ، وفي أثر بعضها بما يثبت النسب حتى مع التسليم بنفي الحد .

وقد اتفق الحنفية مع الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في ثلاثة أنواع للشبهة في الزواج هي : الشبهة في حل الفعل ، والشبهة في حل المحل ، والشبهة في اختلاف العلماء ، وإن اختلفوا في المصطلحات ، لكن بتتبع الأمثلة التي ذكرها يتضح الاتفاق بينهم في ذلك^(١) .

وانفرد الإمام أبو حنيفة ، ووافقه زفر ورووي عن سفيان الثوري ، أنهم قالوا بنوع رابع للشبهة اسمها شبهة العقد ، وخالفهم في ذلك فقهاء المذاهب الثلاثة وأبو يوسف ومحمد ، وعليه الفتوى عند الحنفية^(٢) .

وأوجز الحديث عن هذه الأنواع من الشبهات : حل الفعل ، وحل المحل ، واختلاف العلماء ، وشبهة العقد .

(١) شبهة حل الفعل :

هذه الشبهة تقع في نفس المشتبه عليه فيظن أن له الحق في وطء المرأة . فأساس تلك الشبهة اعتقاد وظن المشتبه عليه ، ولذلك تسمى بشبهة الاشتباه .

(١) عبر الحنفية بشبهة الفعل أو الاشتباه وشبهة المحل والشبهة الحكمية ، وعبر المالكية بشبهة الواطئ وشبهة الموطوءة وشبهة الطريق . وعبر الشافعية بشبهة الفاعل وشبهة المحل وشبهة الجهة . وعبر الحنابلة بضرب الأمثلة دون المصطلحات .

(٢) انظر للحنفية : حاشية ابن عابدين ١٥١/٣ وما بعدها ، الاختيار ٩٠/٤ ، شرح فتح القدير ٣٢٢/٥ ، مجمع الأنهر ٥٩٢/١ ، تبين الحقائق ١٧٥/٣ وما بعدها . وانظر للمالكية : بداية المجتهد ٤٤٠/٢ ، مواهب الجليل ٥٣٠/٢ ، الفروق ١٧٢/٤ ، تهذيب الفروق بهامش الفروق ٢٠٢/١ ، كفاية الطالب الرباني ٥٠/٤ . وانظر للشافعية : المهذب ٢٦٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٥/٧ ، روضة الطالبين ٩٢/١٠ ، مغني المحتاج ١٤٤/٤ ، تحفة المحتاج ١٠٤/٧ . وانظر للحنابلة : كشاف القناع ٩٧/٦ ، مطالب أولي النهى ١٨٣/٦ ، العدة ص ٥٢٢ ، ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، المغني ٣٥٣/٩ ، ٣٥٤ .

ومن أمثلتها : وطء المعتدة من طلاق ثلاث ، أو من خلع إذا ظن أن هذا حقه ،
وأيضاً إذا اعتقد أن هذه المرأة الأجنبية امرأته ، كما لو وطئ امرأة على فراشه
أو في منزله ظنها امرأته .

وهذا النوع من الشبه أجمعوا على سقوط الحد به لاعتقاد الإباحة ، ولكنهم
اختلفوا في ثبوت النسب به على مذهبين :

المذهب الأول : يرى ثبوت النسب به ؛ لأنه وطء ليس بحرام في نفس الفاعل ،
وإن كان حراماً في نفس الأمر ، والعبارة بظن المكلف . وإذا سقط الحد ثبت النسب ؛
لأنه ينتفي بوجوده ويثبت بعدمه . وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية
والحنابلة وبعض الحنفية .

المذهب الثاني : يرى عدم ثبوت النسب في هذه الشبهة ؛ لأنها راجعة إلى
شخص المكلف وهو لا يتيقن أنه يملك المحل ، فتمحض الفعل زنى ، وإنما سقط
الحد فضلاً من الله تعالى لدرء الحد بكل شبهة .

والمختار عندي : هو ما ذهب إليه الجمهور من ثبوت النسب بشبه حل الفعل ؛
لأن الفاعل لا يتوهم حل الفعل إلا إذا توهم ملك المحل لحظة الفعل ، والتكليف
يكون بغالب الظن .

(٢) شبهة حل المحل :

المقصود بهذه الشبهة أن يظن الفاعل أن المرأة التي يطؤها تحل له بدليل
خاص ، وغالباً ما تكون أمثلة هذه الشبهة عند التعارض الظاهري لبعض الأدلة ،
فيستند كل شخص إلى دليل من المتعارضين ويطأ المرأة .

ومن أمثلة تلك الشبهة : وطء المعتدة بالطلاق البائن بالكنائيات ، لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية أو بائنة .

واتفق الفقهاء في اعتبار هذا النوع من الشبه مسقطاً لحد الزنى ، ومثبتاً للنسب
الشرعي إذا ادعاه الواطئ .

(٣) شبهة اختلاف العلماء :

هذه الشبهة قائمة على اعتبار اختلاف المجتهدين ، بأن يرى أحدهم حل صورة معينة من النكاح ويرى الآخر بطلانها ، وهذا راجع لاختلاف الفقهاء في بعض شروط أركان النكاح .

ومن أمثلة هذا النوع من الشبه : نكاح المتعة ، والنكاح بدون ولي ، أو بدون شهود ، ونكاح الأخت في عدة أختها ، ونكاح خامسة في عدة رابعة لم تَبْنُ . وهذا النوع من الشبه يسقط الحد ، ويثبت النسب دون خلاف عند فقهاء المذاهب الأربعة .

واشترط الإمام الماوردي لاعتبار هذا النوع من الشبه أن لا يقارنه حكم من القاضي ببطلانه ، فإن قارنه حكم بالبطلان وجب عليه الحد ولم يثبت النسب^(١) . كما اشترط الشيخ الرملي لاعتبار هذه الشبهة أن تكون قائمة على خلاف معتبر ، ويكون كذلك إذا كان من عالم يعتد بخلافه وإن لم يقلده الفاعل^(٢) .

(٤) شبهة العقد :

هذه الشبهة انفرد بها الإمام أبو حنيفة ، واعتبرها نافية لحد الزنى مثبتة للنسب . وتقوم هذه الشبهة على وجود صورة العقد لا حقيقته ، فتثبت الشبهة بالعقد وإن كان العقد متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، مثل نكاح إحدى المحرمات بالنسب أو الرضاع أو المصاهرة . أما إذا لم يكن عالماً بالتحريم فلا إثم عليه . فإذا ما استند الزوج إلى صورة العقد ودخل بزوجه المحرمة عليه أصلاً فلا حد عليه عند الإمام أبي حنيفة ، ويعاقب بأشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً . وحجة الإمام : أن محل عقد الزواج هو الأنثى من بنات آدم ؛ لأن محل العقد هو ما يكون قابلاً لمقصوده الأصلي ، وكل امرأة قابلة لذلك لأنها تلد ، وكل ما كان قابلاً للمقصود كان قابلاً للحكم ؛ لأن الحكم يثبت ذريعة للمقصود ، فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام ، إلا أنه تقاعد عن إفادة الحل حقيقة لمكان

(٢) نهاية المحتاج ٤٢٥/٧ .

(١) روضة الطالبين ٩٢/١٠ .

الحرمة الثابتة فيهن بالنص فيورث شبهة ؛ إذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة نفسها .

كما أن كل أنثى من أولاد آدم محل للعقد في حق غيره من المسلمين ، فكانت أولى بإيراث الشبهة .

ويرى الجمهور بطلان تلك الشبهة ؛ لأن حرمة هؤلاء المحرمات ثابتة بدليل قطعي . قال تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ (النساء: ٢٢، ٢٣) الآية .

والقول بأن كل أنثى من أولاد آدم قابلة لتحقيق مقصود عقد الزواج من التناسل لأنها تكون محلاً لعقد نكاح غيره من المسلمين ، هذا القول قائم على اعتبار الطبيعة ، وليس قائماً على اعتبار الشريعة التي حرمت .

البرعم الثاني

التسري وشبهته

أتكلم فيما يلي عن تعريف التسري ، وحكمه الشرعي ، وكيفيته ، وشروط مشروعيته ، ثم أبين شبهة التسري وحكم نسبة الولد به .
أولاً : تعريف التسري وحكمه :

(١) التسري في اللغة : اتخاذ السرية . قال ابن بطال : وفي اشتقاق التسري ثلاثة أوجه : من السري وهو الجودة ، أو من السر وهو الجماع ، أو من سراة الأديم وهو وسط الظهر . وذكر الجوهري وجهاً آخر أنه مشتق من السرور وهو الفرح . وأصله : تسرت فأبدلت الراء الأخرى ياء ، كما قالوا : تظنيت في تظننت^(١) . والجمع : سراري^(٢) .

والتسري في اصطلاح الفقهاء : هو إعداد الأمة لأن تكون موطوءة^(٣) .

(١) النظم المستعذب شرح غريب المهدب ١٣/٢ .

(٢) لسان العرب ، المعجم الوسيط - مادة : سرر .

(٣) التعريفات للجرجاني مادة : سرر .

ويعبر « داماد أفندي » عن التسري بالاستيلاء ، ويعرفه بأنه : « طلب المولى الولد من أمته وأم الولد المستولدة »^(١).

(٢) والتسري مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

- أما الكتاب : فأيات كثيرة ، منها قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا مَثَىٰ وَثَلْتُمْ وَزِنَعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ (النساء: ٣) .

- وأما السنة : فأحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه أحمد وأبو داود وغيرهما بإسناد حسن ، عن أبي سعيد الخدري ، أن النبي ﷺ قال في سبايا أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة »^(٢).

قال الصنعاني : « والنص ورد في السبايا ، وقيس عليه انتقال الملك بالشراء أو غيره . واعلم أن الحديث دل بمفهومه على جواز الاستمتاع قبل الاستبراء بدون الجماع ، وعليه دل فعل ابن عمر أنه قال : وقعت في سهمي جارية يوم جلولاء ، كأن عنقها إبريق فضة ، قال : فما ملكت نفسي أن جعلت أقبالها والناس ينظرون ، خرجه البخاري »^(٣).

(١) مجمع الأنهر ١/٥٣٤ .

(٢) مسند الإمام أحمد ٣/٢٨ رقم ١١٢٤٤ ، سنن أبي داود ٢/٢٤٨ رقم ٢١٥٧ . قال ابن حجر : « أخرجه أبو داود وصححه الحاكم وله شاهد عن ابن عباس في الدارقطني » - بلوغ المرام مع سبل السلام ٣/١٤٥ رقم ١٠٥٤ ، وقال ابن حجر في التلخيص : « هو حسن » - تلخيص الحبير ١/١٧٢ . وأخرجه الدارقطني عن ابن عباس - سنن الدارقطني ٣/٢٥٧ رقم ٥٠ .

(٣) سبل السلام ٣/١١٤٧ ، ولم أقف على أثر ابن عمر في البخاري كما قال الصنعاني ولا أدري كيف نسبه إلى البخاري ، ووجدت ابن حجر قال عنه في تلخيص الحبير : أقيمت عشرين سنة أبحث عن من خرج أثر ابن عمر الذي قال فيه « وقعت في سهمي جارية يوم جلولاء » وذكره ، فلم أظفر به إلا بعد ذلك ، قال ابن المنذر في « الكتاب الأوسط : حدثنا علي بن عبد العزيز حدثنا حجاج حدثنا علي بن زيد عن أيوب بن عبد الله اللخمي عن ابن عمر - وذكر الحديث . وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق هشيم عن زيد بن الحباب عن حماد بن سلمة ، ورواه الخرائطي في « اعتلال القلوب » من طريق هشيم عن علي بن زيد نحوه - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير - تحقيق عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض - ط الأولى ١٤١٩ هـ ١٩٩٨ م - ٤/٤ ، ٥ (كتاب العدد) ، مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٢٧ ، ٢٢٩ . وجلولاء : ناحية من نواحي السواد في طريق خراسان ، فتحها المسلمون في السنة التاسعة عشرة - معجم البلدان ٢/١٠٧ ، معجم ما استعجم ٢/٣٩٠ .

- وأما الإجماع : فقد حكاه ابن رشد عن الشافعي ، وأن المسلمين لم يختلفوا في مشرعية التسري بضوابطه الشرعية^(١) .

ثانياً : كيفية التسري وشروط مشروعيته :

التسري رابطة معاشرة ضعيفة ؛ لأن فراشها ضعيف يملك السيد نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة^(٢) .

(١) اختلف الفقهاء في كيفية التسري على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أن التسري يكون بوطء الأمة المملوكة مطلقاً ، أي سواء أنزل أو لم ينزل ، عزل أو لم يعزل ، ولا يحتاج السيد في وطئه لأتمته إلى إنشاء عقد ؛ لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع ، فلا يجتمع معه عقد أضعف منه . وإلى هذا القول ذهب المالكية والحنابلة والظاهرية^(٣) .

والحجة كما يقول ابن حزم : هي في حكمه عليه الصلاة والسلام بأن الأمة فراش ، وأن الولد لصاحب الفراش ، وإنما تكون الأمة فراشاً إذا صح أن سيدها افترشها بيئته بذلك ، أو بيئته بإقراره بذلك^(٤) .

المذهب الثاني : يرى أن التسري يكون بوطء الأمة المملوكة مع الإفضاء ، فلو وطئ ولم ينزل ، أو أنزل وعزل لم يثبت التسري بذلك .

وحجتهم : أن قول السيد معتبر في ذلك ، وله نفي الولد إذا رأى أنه ليس منه . وذلك هو الفرق بين الأمة وبين الزوجة ، فالزوجة تصير فراشاً بمجرد العقد فلا يشترط في الاستلحاق إلا الإمكان ، لأنها تراد للوطء ، فجعل العقد عليها كالوطء ،

(١) بداية المجتهد ٢/٣٩٤ .

(٢) مجمع الأنهر ١/٥٣٥ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٣٩٤ ، جواهر الإكليل ٢/٣١٢ ، الفروق ٣/١٣٦ ، المغني ٦/٦١٠ ، المحلى ١٠/١٣٩ وما بعدها - ونص ما قاله ابن رشد في البداية : « اختلف قول مالك والشافعي هل سيدها استخدامها طول حياته واعتلاله إياها؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطء فقط » وقال في موضع آخر من ذات الصحيفة : « قال مالك لا تكون أم ولد إذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها » مما يدل على أن مذهب المالكية هو أن التسري يتم بالوطء بعد الملك مطلقاً .

(٤) المحلى ١٠/١٤٠ .

بخلاف الأمة فإنها تتراد لمنافع أخرى ، فاشتراط في حقها الوطاء مع الإمكان ، ويعرف الوطاء باعتراف السيد أو بثبوته بأي طريقة كان^(١). وإلى هذا ذهب الشافعية وأبو يوسف من الحنفية^(٢).

المذهب الثالث : يرى أن التسري يكون بوطء الأمة المملوكة وتحسينها ، بمعنى أن يمنعها من الاختلاط بغيره ، ولا يشترط في وطئها الإفضاء . وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن^(٣).

والمذهب المختار عندي : هو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أن التسري يكون بالتحسين والاصطفاء تكريماً للمسرة ؛ لكونها آدمية .

(٢) اشترط الفقهاء لمشروعية التسري شروطاً تضبط هذا النوع من المعاشرة ، وأهم تلك الشروط ما يلي :

١- أن يكون السيد مالكاً لأتمته بأي سبب من أسباب الملكية المعتبرة والمستقرة ، وهو خاص بالرجال فليس للمرأة المالكة أن تتسرى بعينها .

قال ابن قدامة : « ولا نعلم في ذلك خلافاً ، كما لا نعلم خلافاً في أنه لا يحل للرجل أن يطأ جارية له فيها شريك ، وكذا لا يحل وطء الأمة المبعوضة ؛ لأن الملك في الحالين غير تام ، فإذا وطئ جارية له فيها شريك فإنه لا يحد للشبهة ولكن يعزر وإن ولدت منه لحقه النسب»^(٤).

٢- أن تكون الجارية مسلمة أو كتابية إذا كان المتسري مسلماً ، فإذا كانت مجوسية أو وثنية لم تحل لسيدها بملك اليمين ، كما لا تحل له بالزواج لو كانت حرة على ما ذهب إليه الجمهور .

٣- ألا تكون الأمة ممن يحرم من مؤبداً كأم الأمة المسرة أو ابنتها ، وهو تحريم المصاهرة ، أو مؤقتاً كأخت الأمة المسرة أو عمتها ، على ما ذهب إليه الجمهور .

(١) فتح الباري ٣٩/١٢ .

(٢) انظر للشافعية : شرح المنهاج مع حاشية القليوبي ٣٦٧/٤ ، المهذب ١٩/٢ . وانظر قول أبي يوسف في : حاشية ابن عابدين ١١٣/٣ ، مجمع الأنهر ٥٣٥/١ ، ٢٨٥/٢ ، شرح فتح القدير ٤٤١/٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ، مجمع الأنهر ، شرح فتح القدير - المراجع السابقة .

(٤) المغني ٣٥٤/٩ .

ثالثاً : شبهة التسري :

يجري في شبهة التسري ما يجري في شبهة النكاح من تعريف وتقسيم ، والأمر هنا يختلف في ضرب الأمثلة ، لذلك فإنني سأذكر أنواع الشبه في التسري مع بعض الأمثلة المناسبة لها .

(١) شبهة حل الفعل : وذلك مثل وطء جارية الأب أو الأم وإن علوا ، ووطء جارية الزوجة ، ووطء أم ولده التي أعتقها وهي في الاستبراء ، والعبد يوطأ جارية مولاه ، والمرتهن يوطأ الجارية المرهونة عنده ، ولو وطء جارية ظن أنها ملكه فكانت غيرها .

(٢) شبهة حل المحل : وذلك مثل وطء الأب جارية ابنه ظناً منه أن كل ما يملكه الابن ملك لأبيه ، ووطء البائع الجارية المبعة قبل تسليمها للمشتري ، ووطء الزوج الجارية المجعولة مهراً قبل تسليمها للزوجة ، حيث إن الملك فيهما لم يستقر للمشتري والزوجة ، ووطء الجارية المشتركة بين الواطئ وغيره .

(٣) شبهة اختلاف العلماء : وذلك مثل التسري بالأمة مع عمتها أو خالتها أو أختها .

رابعاً : حكم نسبة الولد بالتسري :

الحكم في ثبوت النسب بالتسري أضعف من ثبوته بالنكاح ؛ لأن السيد يملك نفي الولد بادعائه أنه ليس منه ، ولا يملك ذلك في النكاح إلا باللعان^(١) .

وقد اختلف الفقهاء في حكم لحوق نسب ولد الأمة بتسري المالك لها على مذهبين :^(٢)

المذهب الأول : يرى أن ينسب ولد التسري للسيد إن أمكن أن يكون منه ، وذلك كأن تأتي به تماماً لأكثر من ستة أشهر من يوم التسري ، فإن أتت به قبل ذلك

(١) مجمع الأنهر ١/٥٣٥ .

(٢) المراجع الفقهية السابقة في مشروعية التسري .

لم يلحقه ؛ لأن الظاهر أن الولد ليس منه . ولا يجوز للسيد نفي الولد عن نفسه مع ثبوت الوطء إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء .

وإلى هذا ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، وبه قال الحسن والشعبي .

وحجتهم : القياس على ثبوت الولد في النكاح سواء بسواء ، والفرق أن النكاح يعقد ، والتسري بملك اليمين . ويكون ثبوت الولد في النكاح بالفراش ؛ لحديث عائشة في الصحيحين ، مرفوعاً : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(١) .

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : « حصنوا هذه الولائد ، فلا يطمأ رجل وليدته ثم ينكر ولدها إلا ألزمته إياه » .

وروي عنه أيضاً ، قال : « أيما رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده »^(٢) .

وأخرج الإمام الشافعي عن ابن عمر عن عمر ، قال : « ما بال رجال يطؤون ولأندهم ثم يعتزلونهن ، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألمّ بها إلا ألحقت به ولدها ، فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا »^(٣) .

المذهب الثاني : أن ولد الأمة المسراة لا يلحق بالسيد إلا بأن يستلحقه ، ولا يحرم عليه نفي نسب الولد إن كان عزل عنها . وهذا مذهب الحنفية . ويقول ابن حزم : « وإلى هذا ذهب زيد بن ثابت وابن عباس رضي الله عنهما عند العزل . ثم روى بسنده عن زيد بن ثابت أنه وقع على جارية له ، وكان يعزلها ، فلما ولدت انتفى من ولدها ، وضربها مائة ثم أعتق الغلام .

(١) صحيح البخاري ٧٢٤/٢ رقم ١٩٤٨ ، صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ رقم ١٤٥٧ .

(٢) رواهما سعيد بن منصور - المغني ٥٣٠/٩ ، وأخرج ابن حزم من طريق عبد الرزاق ، عن عمر ابن الخطاب ، قال : « بلغني أن رجلاً منكم يعزلون ، فإذا حملت الجارية ، قال : ليس مني ، والله لا أوتى برجل منكم فعل ذلك إلا ألحقت به الولد ، فمن شاء فليعزل ومن شاء لا يعزل » . كما روي من طريق عبد الرزاق عن عمر ، قال : « من كان منكم يطمأ جاريته فليحصنها ، فإن أحذكم لا يقر بإصابتها جاريته إلا ألحقت به الولد » . المحلى ١٤١/١٠ .

(٣) مسند الإمام الشافعي ص ٢١٦ .

وعن ابن عباس أنه وقع على جارية له ، وكان يعزلها ، فانتفى من ولدها^(١) .
وحجة الحنفية في ذلك : أن الأمة لا تصير فراشاً إلا بالوطء ؛ لأنها تراد لمنافع
أخرى ، فاشترط في حقها الوطء ، بخلاف الزوجة التي تصير فراشاً بمجرد العقد
لأنها تراد للوطء فجعل العقد عليها كالوطء .

هذا ، وقد ذكر ابن حجر نقلاً عن شيخ الغزالي والآمدي أن الإمام الشافعي ناظر
بعض الحنفية لما قال : إن أبا حنيفة خص الفراش بالزوجة ، وأخرج الأمة من
عموم « الولد للفراش » ، فرد عليه الشافعي بأن هذا ورد على سبب خاص ، والخبر
إنما ورد في حق الأمة فلا يجوز إخراجه ، ثم وقع الاتفاق على تعميمه في
الزوجات^(٢) .

والمذهب المختار عندي : هو ما ذهب إليه الجمهور ، أصحاب المذهب الأول ،
القائلون بأن النسب يثبت للسيد بالتسري إن أمكن أن يكون الولد منه ؛ قياساً على
النكاح ، ومراعاة لحق الضعيفين : الأطفال والإماء ، وإعمالاً بمبدأ الفراش .

الفرع الثاني

أدلة ثبوت النسب وحكم تعارضها وموقف البصمة الوراثية منها
(دعوى تصحيح النسب)

تحرير محل النزاع ، تقسيم :

لا خلاف بين الفقهاء في أن النسب الشرعي يثبت بالفراش الطبيعي والحقيقي ،
وهو الجماع الذي يكون منه الولد ، بشرط أن يكون عن طريق مشروع بالنكاح
وشبهته أو بالتسري وشبهته .

(١) المحلى ١٠/١٤١ .

(٢) فتح الباري ١٢/٣٩ ، ٤٠ .

ولم يقل أحد من العلماء أن الزوجة لو أتت بولد من غير الزوج^(١) وقبل مضي ستة أشهر من الزواج أنه ينسب لهذا الزوج .

ولذلك نسب الرسول ﷺ الولد لصاحب الفراش ، والفراش هو الجماع .

والله تعالى يقول : ﴿ وَحَلَّتْهُ أَبْنَاءَكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ (النساء: ٢٣) يقول ابن كثير : صلب الرجل وترائب المرأة أصفر رقيق ، ولا يكون الولد إلا منهما^(٢) .

وقد نص المالكية والحنابلة : على أن المراد بالزوج الذي يلحق به النسب هو « الزوج الذي يلحق به الحمل ، فيخرج المجبوب والصغير ، أو أتت به كاملاً لدون ستة أشهر من العقد»^(٣) .

كما نص الشافعية : على أن الزوج لو علم أن الحمل أو الولد ليس منه ، فاللعان في حقه واجب لنفي الولد ؛ لأنه لو سكت لكان بسكوته مستلحقاً لمن ليس منه وهو ممتنع^(٤) .

ونص الكمال بن الهمام الحنفي : على أنه لو ادعى شخص نسب ولد الملاعنة قُبل منه ، وثبت النسب ، لإمكان كونه وطئها بشبهة^(٥) .

(١) وذهب أبو حنيفة ومحمد وعليه الفتوى عند الحنفية ، أن الرجل لو زنى بخليعة فحملت منه صح له نكاحها والدخول بها ، وينسب الولد له ، خلافاً لأبي يوسف - مجمع الأنهر ١/٣٢٩ .

قال ابن رشد : وشذ قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنى في الإسلام ، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام (ينسب للزاني) ووفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية - بداية المجتهد ٢/٣٥٨ - وستأتي المسألة بتفصيلها في النفي الشرعي للنسب بالعلاقة الآئمة .

(٢) تفسير ابن كثير ٤/٦٤٢ .

(٣) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٣١٩ ، وقال صاحب العدة : « إذا كان الزوج ممن لا يولد لمثله كالمجبوب والصغير لم يلحقه نسبه ولا يحتاج إلى نفيه باللعان لأنه يستحيل أن يكون منه » ، العدة شرح العمدة ص ٤٤٣ . ويلاحظ : أن نص الفقهاء على عدم إمكان المجبوب من الإنجاب هو مبلغ علمهم لقطع الذكر الذي يكون به الإيلاج ، وفي الطب الحديث أمكن تصنيع أجهزة تعويضية تمكن المجبوب من الإنجاب .

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٨٢ ، نهاية المحتاج ٧/١٠٦ .

(٥) شرح فتح القدير ٣/٢٦٢ .

أقول : وإذا ثبت أن النسب في الإسلام يثبت لصاحب الماء في إطار العلاقة المشروعة (الزواج والتسري) ، وهذا مما لا خلاف عليه إلا أن الأمر لا يزال محيراً في كيفية إثبات هذه العلاقة الخاصة بين الزوجين والقائمة على السر ، حيث حذر النبي ﷺ من إفشاء تلك العلاقة ، فأخرج مسلم عن أبي سعيد الخدري ، أن النبي ﷺ قال : « إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها »^(١) . ولما كان الأمر كذلك اضطررنا - نحن المكلفين - إلى إثبات العلاقة بعلامة ظاهرة تدل في أغلب الأحوال عليها ، حتى لا تخلو مسألة من حكم ، ولا يعدم حق إثباتاً .

فكان التوجه إلى الأدلة الظاهرة لإثبات الفراش وليس لإثبات النسب ؛ لأن النسب يكون اتفاقاً بالفراش .

هذا ، وقد اختلف الفقهاء في حصر تلك الأدلة ومدى حجيتها وحكم تعارضها ، ونحن نذكر ذلك بما يناسب المقام ، ثم نبين موقف البصمة الوراثية من محل النزاع ودعوى تصحيح النسب .

وعليه ، فإنني سأقسم هذا الفرع إلى ثلاثة أغصان على النحو الآتي :

الغصن الأول : أدلة إثبات الفراش وحكم تعارضها .

الغصن الثاني : البصمة الوراثية وعودة إلى محل النزاع .

الغصن الثالث : دعوى تصحيح النسب .

الغصن الأول

أدلة إثبات الفراش وحكم تعارضها

انتهينا في تحرير محل النزاع إلى أن الأدلة التي ذكرها الفقهاء لثبوت النسب ليست في الحقيقة لإثبات النسب ، وإنما هي لإثبات الفراش الذي يكون به النسب ، والفراش المعتبر هو الفراش الشرعي في نكاح أو ملك يمين .

(١) صحيح مسلم ١٠٦٠/٢ رقم ١٤٣٧ .

وهذه الأدلة - التي ذكرها الفقهاء - لا تخرج في الحقيقة عن أطر الأدلة الشرعية في الإثبات مطلقاً ؛ لأنها تهدف إلى الكشف وإظهار الحقيقة المتاحة ، وليس فيها ما يتعبد بعده ولا هيئته ولا طريقته إلا ما ثبت في حد الزنى والقذف به .

ولأن إثبات النسب يتعلق به ثلاثة حقوق^(١) ، هي : حق الله في إثبات الحقائق لقوله تعالى : ﴿ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ (الأحزاب: ٥) ، وحق الوالدين في النسب ولحوق الولد لهما الذي هو أمل كل أبوين ؛ لقوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّهَا حَمَلَتْ حَمَلاً خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكَونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ (الأعراف: ١٨٩) ، وحق الولد في النفقة والميراث وغيرهما ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ، وقوله سبحانه : ﴿ وَعَلَى الْكَوْلُودِ لَهُمْ رِزْقُهُنَّ وَيَكْسُوْنُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (البقرة: ٢٣٣) ، وقوله جل شأنه : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ (النساء: ١١) .

أقول : لما كان أمر النسب يتعلق به تلك الحقوق الثلاثة اتجه الإسلام إلى التوسعة في طرق إثباته تشوقاً إلى شمول جميع الأطفال برعاية والديهم ، ومنعاً من ظلم وجحود الأبوين أو أحدهما لولدهما بعد قضاء وطرهما .

ومن هنا تعددت أدلة إثبات الفراش ، وأخذ فيها الحيطة لصالح الطرف الضعيف وهم الأولاد .

وأشهر تلك الأدلة هي : قيام حالة الزوجية ، والبينة أو الشهادة ، والإقرار ، والاستفاضة ، والقيافة ، وزاد الشيرازي دليل الوحي .

(١) يقول الأستروشيئي الحنفي مبيناً حقوق النسب في مسألة ثبوت النسب عند اختلاف الزوجين في تاريخ وقوع الزواج ، وأقام أحدهما البينة حال صغر الولد : « فقد اختلف فيه المشايخ ، وقال بعضهم : لا تقبل البينة ما لم ينصب القاضي خصماً عن الصغير ؛ لأن النسب حق الصغير ، فينصب عنه خصماً ، لتكون البينة قائمة ممن هو خصم . وقال بعضهم : لا حاجة إلى هذا التكليف بناء على أن الشهادة على النسب تقبل حسبة بدون الدعوة » - أحكام الصغار ص ١١٥ ، ١١٦ مسألة رقم ٣٨٤ .

وقد سبق بيان القيافة في بيان الحكم التكليفي للبصمة الوراثية عند التنازع في النسب^(١) ، لذلك فإنني سأكتفي ببيان غيرها من الأدلة ، ثم أبين حكم تعارض تلك الأدلة ، بإذن الله تعالى .

أولاً : دليل الوحي

ذكر الشيرازي الشافعي هذا الدليل بمناسبة بيان نفي نسب بنت الزنى من الزاني ؛ لأنه لا يعلم قطعاً أنها منه ، وقال : « فعلى هذا إن علم قطعاً أنها منه بأن أخبره النبي ﷺ في زمانه لم تحل له »^(٢) .

قال تعالى : ﴿ إِذْ قَالَتْ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿٣٦﴾ فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنْثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعْتَ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ ﴿٣٧﴾ ﴾ (آل عمران: ٣٦، ٣٧) ، وقال تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ قَوْلَ الْحَقِّ ﴿٣٤﴾ ﴾ (مریم: ٣٤) ، وقال جل شأنه : ﴿ يَنزَكِرِيَا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَىٰ ﴾ (مریم: ٧) .

أقول : ولنا أن نتأمل كيف كان معرفة النسب أو الفراش الحقيقي بعيداً للغاية عند الفقهاء ، حتى اعتبروا ذلك لا يُعرف إلا بالوحي . وقد أكرمنا الله تعالى في هذا العصر بالبصمة الوراثية ، بعد انقطاع الوحي ، فله الحمد والمنة .

ثانياً : قيام حالة الزوجية (دليل الفراش) :

وهذا أمر يظهر للجميع في حال استقامة المجتمع الذي لا يسمح ببناء علاقات زواجية سرية ، ويتم فيه التعايش التراحمي بين أفرادهِ وعائلاته ، فيعرف بعضهم بعضاً ، وإذا ما رُئي الحمل على امرأة أحد الجيران حكم أنه من زوجها الذي يعيش معها ، أو يأتيها بين الحين والحين على مرأى ومسمع من الجميع ، وإذا ما تمت الولادة عرف الناس أبويه ، وتقدموا لهما بالتهانئ .

(١) الفصل الأول من الباب الأول من هذا الكتاب .

(٢) المهذب ٤٣/٢ .

ويعبر الفقهاء عن هذا الدليل «قيام حالة الزوجية» بقولهم : «دليل الفراش» .
ويفسر الزيلعي الفراش بأنه : «تعيين المرأة للولادة لشخص واحد»^(١) .

قال الصنعاني : «والجمهور على أن الفراش اسم للمرأة ، وقد يعبر به عن حالة الافتراش»^(٢) . ويدل لذلك قوله تعالى : ﴿ وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴾ ﴿ إِنَّا أَنْشَأْنَاهُنَّ إِنْشَاءً ﴾ ﴿ فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا ﴾ (الواقعة: ٣٤-٣٦) . قال ابن كثير في تفسير الفراش : «هن النساء اللاتي يضاعجن»^(٣) .

وروي عن أبي حنيفة أن الفراش اسم للزوج^(٤) . ويدل لذلك ما ذكره ابن الأعرابي اللغوي ، أن الفراش عند العرب يعبر به عن الزوج وعن المرأة ، والأكثر إطلاقه على المرأة ، ومما ورد في التعبير عن الرجل قول جرير فيمن تزوجت بعد قتل زوجها أو سيدها :

باتت تعانقه وبات فراشها خلق العباءة بالبلاء ثقيلًا^(٥)

ولا يقصد بالفراش الذي ذكره الفقهاء دليلاً على النسب حقيقة الذي هو الجماع ، وإنما يقصدون به مظهره ، وهو قيام حالة الزوجة الممكنة .

يدل لذلك ما قاله الشيرازي في باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق ، حيث قال : «إذا تزوج امرأة ، وهو ممن يولد لمثله ، وأمكن اجتماعهما على الوطاء ، وأنت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها ، لحقه في الظاهر لقوله ﷺ : «الولد للفراش» ، ولأن مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه ، وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه ، فوجب أن يلحق به»^(٦) .

ولنا أن نتأمل في قوله : «لحقه في الظاهر» وقوله : «وليس ههنا ما يعارضه (أي الظاهر) ولا ما يسقطه» .

(١) تبين الحقائق ٤٣/٣ .

(٢) سبل السلام ١١٤٧/٣ ، وانظر أيضاً : فتح الباري ٤٠/١٢ .

(٣) تفسير ابن كثير ٣٧٣/٤ .

(٤) سبل السلام - المرجع السابق .

(٥) لسان العرب ، القاموس المحيط - مادة : فرش . فتح الباري ٤٠/١٢ .

(٦) المهذب ١٢٠/٢ .

ومع إجماع المسلمين على اعتبار الفراش الذي هو قيام حالة الزوجية دليلاً على الفراش الحقيقي الذي يثبت به النسب ، إلا أنهم اختلفوا في حقيقة هذا الفراش أو حالة الزوجية هل تكون بعقد الزواج فقط ، أم بعقد الزواج مع الدخول أو إمكانه ، أم بالعلم بالدخول المحقق؟ ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى أن إبرام عقد الزواج وحده يكفي لثبوت الفراش الذي يتحقق به النسب ، وإن علم أن الزوج لم يطأ زوجته ، بل ولو طلقها عقيب العقد .
وإلى هذا ذهب الحنفية^(١) .

وحجتهم : أن مجرد الظنية كافية ؛ لأن ثبوت النسب يتوقف على الفراش ، وهو يثبت مقارناً للنكاح المقارن للعلوق فتعلق ، وهي فراش . وبهذا يكون الحديث «الولد للفراش» لا يحتاج إلى تقدير ، وهو قولنا : الولد لصاحب الفراش ، لأن المراد بالفراش الموطوءة .

وهذه الحجة قائمة على اعتبار عقد النكاح قائماً مقام الماء ، وأن المراد بالفراش الزوجة ، فمتى أتت الزوجة بولد لأدنى مدة الحمل من حين العقد يثبت نسبه من الزوج .

أجاب القرطبي عن ذلك بأن : «الفراش كناية عن الموطوءة لكون الواطئ يستفرشها ، أي يصيرها بوطئه لها فراشاً له ، يعني فلا بد من اعتبار الوطء حتى تسمى فراشاً ، وألحق به إمكان الوطء ، فمع عدم إمكان الوطء لا تسمى فراشاً»^(٢) .

المذهب الثاني : يرى أن العقد لا يكفي بل يجب معه الدخول أو إمكان الدخول زماناً ومكاناً ، فإن لم يمكن الدخول ، كما لو تزوجها ثم طلقها عقيب العقد ، أو تزوجها بالوكالة ، وهو في مكان بعيد عنها ولم يفارق واحد منهما مكانه فلا يثبت بهذا فراشاً ، وإن أتت بولد في هذه الحالة لا ينسب للزوج .

(١) مجمع الأنهر ١/٤٧٨ ، شرح فتح القدير ٤/٣٤٩ ، حاشية ابن عابدين ٥/٦٣٠ .

(٢) فتح الباري ١٢/٤٠ .

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، والهادوية^(١) .
 المذهب الثالث : يرى أن العلم بالدخول أو إمكان الدخول لا يكفي لثبوت
 الفراش الذي يتحقق به النسب . بل يجب أن يتحقق العلم بالدخول الحقيقي الذي
 يعرف عن طريق التحاكي في المجالس الخاصة .
 وإلى هذا ذهب الحنابلة في وجه ، وهو قول ابن تيمية وابن القيم واختاره
 الصنعاني^(٢) .

وحجتهم : ما ذكره ابن القيم عن ابن تيمية قوله : وهل يعد أهل اللغة وأهل
 العرف المرأة فراشاً قبل البناء بها؟ وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يَبْنِ
 بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها ، لمجرد إمكان ذلك ، وهذا الإمكان قد يقطع
 بانتفائه عادة ، فلا تصير المرأة فراشاً إلا بدخول مُحَقَّق^(٣) .

وقد أيد الصنعاني كلام ابن تيمية ، وذكر للرد على دليل الجمهور ما نقله عن
 المنار ، قال : « هذا هو المتيقن ، ومن أين لنا الحكم بالدخول بمجرد الإمكان ،
 فإن غايته أنه مشكوك فيه ، ونحن متعبدون في جميع الأحكام بعلم أو ظن ،
 والممكن أعم من المظنون . والعجب من تطبيق الجمهور بالحكم مع الشك » .
 فظهر من هذا قوة كلام ابن تيمية^(٤) .

والمختار في نظرنا : هو ما ذهب إليه الجمهور من الاكتفاء بالعلم بالدخول
 أو إمكان الدخول لإثبات الفراش الذي يكون به النسب ؛ لأن هذا الأمر قائم على
 الستر ، والشك فيه يفسر لمصلحة الضعيف وهو الولد .

ولذلك فإنني أرى وجهاً كريماً للإمام أبي حنيفة في اعتباره الفراش الذي يثبت
 به النسب من العقد ولو قبل الدخول ، لأنه يتفق مع قوله في مشروعية زواج الزاني
 من زانيته الحامل منه حتى يلحقه النسب . علماً بأن الإمام أبا حنيفة متفق مع

(١) الشرح الصغير ٣/٥٤١ ، بداية المجتهد ٢/٣٥٨ ، بلغة السالك ١/٣٧٤ ، شرح النووي على صحيح

مسلم ١٠/٣٨١ ، الأم ٥/٢١١ ، المغني ٣/٤٢٩ ، الفروع لابن مفلح ٥/٥١٧ ، فتح الباري ١٢/٤٠ .

(٢) زاد المعاد ٥/٤١٥ ، سبل السلام ٣/١١٤٨ ، الفروع لابن مفلح ٥/٥١٨ .

(٣) زاد المعاد - المرجع السابق - ونقل هذا النص أيضاً الصنعاني في سبل السلام ، المرجع السابق .

(٤) سبل السلام ٣/١١٤٨ .

الجمهور في أن الزوجة لو أتت بولد ليس من الزوج لأقل من ستة أشهر من يوم الزواج (وعنده يقصد بالزواج العقد) لا يلحق الولد به . وبهذا يختلف الإمام أبو حنيفة عن الجمهور في مسألة وضع الزوجة حملها لأقل من ستة أشهر من يوم الزواج في أمرين :

الأمر الأول : أن هذا الحمل لا ينسب إلى الزوج بحال عند الجمهور . أما عند أبي حنيفة فيرى التفصيل : إن كان هذا الحمل من غير الزوج فلا ينسب له ، أما إن كان من الزوج قبل عقد الزواج سفاحاً ثم عقد عليها قبل الولادة - ولو بلحظة - فإن المولود ينسب لهذا الزوج .

الأمر الثاني : أن الجمهور يرى أن الفراش الذي يثبت به النسب إنما يكون بالدخول بعد العقد (سواء قلنا إن المقصود بالدخول هو ما يعرف بالظاهر ، كما هو مذهب الأكثرين ، أو قلنا إن المقصود بالدخول هو التقاء الزوجين حقيقة ، كما هو مذهب الحنابلة في وجه وهو قول ابن تيمية وابن القيم). أما الإمام أبو حنيفة فيرى أن الفراش الذي يثبت به النسب يكون بالعقد ولا يشترط معه العلم بالدخول ظاهراً أو باطناً .

وليس معنى اختيارنا لمذهب الجمهور - من الاكتفاء بالعلم بالدخول أو إمكان الدخول لإثبات الفراش الذي يكون به النسب - أن هذا يكون حتماً على الزوج ، وإنما هو حق للزوج في مواجهة الغير . بمعنى أن من حق الزوج - أيضاً - أن ينتفي من هذا الولد عند تحقق دواعي النفي ، ويؤكد هذا ما نقل عن الإمام الشافعي ، أنه قال : « قوله « الولد للفراش » له معنيان . أحدهما : هو له ما لم ينفه ، فإذا نفاه بما شرع له كاللعان انتفى عنه . والثاني : إذا تنازع رب الفراش والعاهر فالولد لرب الفراش»^(١) .

وعلى كل حال ، فإننا بصدد إثبات النسب بالفراش ، وهو أمر يرجع بالنفع على الصغير ، أما نفي النسب فهو حق الزوج قطعاً باللعان إن كان يعلم أن الولد ليس منه .

(١) فتح الباري ٤٠/١٢ .

ثالثاً : البينة أو الشهادة :

هذه هي الوسيلة الثانية لإثبات فراش النسب ؛ لأن الوسيلة الأولى هي الواقع القائم على مشاهدة الجميع لحالة أسرة شرعية ، أما هذه الوسيلة فتقوم على إدلاء شاهدي عدل على أن فلاناً ابن لفلان من نكاح شرعي .

والبينة في اللغة : هي الظهور والوضوح . تقول : بين الشيء أي ظهر واتضح . وفي المثل : « بين الصبح لذي عينين » . وتقول : بين الشيء تبييناً وتبيناً ، أي أوضحه^(١) .

والبينة في الاصطلاح الشرعي : هي « اسم لما يبين الحق ويظهره ، وهي تارة تكون أربعة شهود ، وتارة تكون ثلاثة بالنص في بينة المفلس ، وتارة شاهدين ، وشاهداً واحداً ، وامرأة واحدة ، ونكولاً ، ويميناً أو خمسين يميناً ، أو أربعة أيمان ، وتكون شاهد الحال في صور كثيرة^(٢) .

غير أن الفقهاء كثيراً ما يطلقون البينة ويريدون دليل الشهادة خاصة ، وهو المراد هنا .

وأصل الشهادة في اللغة : الحضور ، من قولهم : شهد المكان وشهد الحرب ، أي حضرها . والمشاهدة : المعاينة مع الحضور^(٣) .

والشهادة في الاصطلاح الفقهي : هي خبر قطع بما حضر وعين ، أو بما علم واستفاض^(٤) .

هذا ، وقد أجمع العلماء على مشروعية الشهادة والعمل بموجبها في الجملة ، وأنها وسيلة من وسائل ثبوت فراش النسب^(٥) . يدل لذلك الكتاب والسنة والإجماع .

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط - مادة : بين .

(٢) هذا التعريف ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية ص ٢٤ .

(٣) النظم المستعذب شرح غريب المهذب ٢/٣٢٣ .

(٤) النظم المستعذب - المرجع السابق .

(٥) مجمع الأنهر ٢/١٨٤ ، شرح فتح القدير ٦/٢ ، بداية المجتهد ٢/٤٦٢ ، شرح منح الجليل ٤/٢١٥ ، مغني المحتاج ٤/٤٢٦ ، منتهى الإرادات ٢/٦٤٧ ، الإنصاف ١٢/٣ .

أما الكتاب : فأيات كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِّنْكُمْ ﴾ (الطلاق: ٢).

ومن السنة : أحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه البيهقي والترمذي وصححه عن ابن عباس ، أن النبي ﷺ قال : « البينة على المُدَّعي واليمين على المُدَّعى عليه »^(١) . وأخرجه الدارقطني عن أبي هريرة ، بلفظ : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر »^(٢) .

كما أن الإجماع قد انعقد على مشروعية البينة لإثبات الدعاوى ، ولم يخالف في ذلك أحد .

ونص الفقهاء على أن بينة الشهادة حجة شرعية تظهر الحق ولا توجه^(٣) . ولكن يجب على الحاكم إذا حكم أن يحكم بمقتضاها إذا لم يكن ما يعارضها ؛ لأنها إذا استوفت شروطها كانت مظهرة للحق ، والحكم بالحق واجب^(٤) .

نصاب الشهادة على النسب وصفتها

اختلف الفقهاء في نصاب الشهادة على النسب وصفتها ، على مذهبين :

المذهب الأول : يرى أن النسب يثبت بشهادة رجلين .

وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة^(٥) .

وحجتهم : أن معرفة النسب مما يَطَّلَع عليه الرجال غالبًا ، وهو ليس بمال ولا يقصد منه المال ، فكان حكمه حكم النكاح والطلاق والموت والوصية ، وقد قال تعالى في الطلاق أو الرجعة : ﴿ فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ ﴾

(١) السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ ، سنن الترمذي ٦٢٦/٣ رقم ١٣٤٢ ، كما أخرجه الترمذي برقم ١٣٤١ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال الترمذي : « في إسناده مقال » .

(٢) سنن الدارقطني ١١٠/٣ رقم ٩٨ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ، الإنصاف - المرجعين السابقين .

(٤) شرح فتح القدير ٢/٦ .

(٥) بداية المجتهد ٤٦٥/٢ ، تبصرة الحكام ٢٦٥/١ ، المهذب ٣٣٣/٢ ، روضة الطالبين ٢٥٣/١١ ،

المغني والشرح الكبير ٦/١٢ .

وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدَلٍ مِّنكُمْ ﴿ (الطلاق: ٢) ، وقال سبحانه في الوصية : ﴿ يَتَأْتِيهَا
الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدَلٍ
مِّنكُمْ ﴾ (المائدة: ١٠٦).

المذهب الثاني : يرى ثبوت النسب بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .
وهو مذهب الحنفية^(١) .

وحجتهم : أن ما يقبل فيه شاهدان أو شاهد وامرأتان هو كل ما سوى الحدود
والقصاص ؛ لعموم الآية الكريمة : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ
يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (البقرة: ٢٨٢) .

والمختار عندي : هو ما ذهب إليه الحنفية ، من القول بثبوت النسب بشهادة
رجلين أو رجل وامرأتين ؛ لاطلاع النساء على النسب واهتمامهن به . ولأنه تقبل
شهادتهن في الولادة بالإجماع ، فأولى أن تقبل شهادتهن في إثبات النسب .
نصاب الشهادة على الولادة وصفتها

اتفق الفقهاء على مشروعية شهادة النساء منفردات على الولادة ، ولكنهم اختلفوا
في نصاب تلك الشهادة على أربعة أقوال :
القول الأول : أن الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة .

وهو مذهب الحنفية ورواية عن الإمام أحمد ، وبه قال الحسن البصري ، وروي
عن ابن عباس^(٢) .

واشترط الحسن البصري والحنابلة أن تكون هذه المرأة هي القابلة .
أما الحنفية فقالوا : تستوي أن تكون هي القابلة أو غيرها . كما خصصوا تلك
الشهادة في إثبات ولادة المرأة غير المطلقة . أما هذه فحسماً للنزاع تثبت ولادتها
بأثنتين .

(١) شرح فتح القدير ٧/٦ .

(٢) المسبوط ١٦/٤٣ ، مجمع الأنهر ١/٤٧٨ ، المغني والشرح الكبير ١٢/١٦ ، الإنصاف ١٢/٨٦ .

وحجة هذا القول : ما أخرجه الدارقطني والبيهقي وأعله بالانقطاع ، عن حذيفة رضي الله عنه : « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة »^(١) . قالوا : ويقاس غيرها عليها .
القول الثاني : أن الولادة تثبت بشهادة امرأتين .

وهو مذهب المالكية والرواية الثانية عند الحنابلة ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى^(٢) .

وحجتهم : أنهم لما قمن في انفرادهن مقام الرجال وجب أن يقمن في العدد مقام الرجال ، وأكثر عدد الرجال اثنان فلزم أن يكون كذلك العدد في النساء .
القول الثالث : أن الولادة تثبت بشهادة ثلاث نسوة .
وبه قال عثمان البتي ، وروى عن أنس بن مالك^(٣) .

وحجة هذا القول : أن الله تعالى ضم شهادة المرأتين إلى الرجل في الموضع الذي لا ينفردن فيه ، فوجب أن يستبدل الرجل بالمرأة في الموضع الذي ينفردن فيه ، فيصرن ثلاثاً .

قال ابن رشد : وهذا القول لا معنى له^(٤) .

القول الرابع : أن الولادة تثبت بأربع نسوة . وهو مذهب الشافعية ، وبه قال عطاء^(٥) .

وحجتهم : أن الله تعالى حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلها إلى شاهدين ، أو شاهد وامرأتين ، فأقام اثنتين مقام رجل . فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال أجرينا ذلك على أصل حكم الله تعالى في الشهادات ، فنجعل كل امرأتين تقومان مقام رجل .

(١) سنن الدارقطني ٢٣٣/٤ رقم ١٠٠ ، السنن الكبرى ١٠١/١٠ . قال الهيثمي : « رواه الطبراني في

الأوسط ، وفيه من لم أعرفه » - مجمع الزوائد ٢٠١/٤ .

(٢) بداية المجتهد ٤٦٥/٢ ، تبصرة الحكام ٢٩٤/١ ، المغني والشرح الكبير ١٧/١٢ .

(٣) المغني والشرح الكبير ١٧/١٢ .

(٤) بداية المجتهد ٤٦٥/٢ .

(٥) الأم ٢٦٧/٦ ، المهذب ٣٣٤/٢ ، مغني المحتاج ٤٤٢/٤ .

والمختار عندي : هو ما ذهب إليه الحنفية ورواية عند الحنابلة - أصحاب القول الأول - في مشروعية إثبات الولادة بشهادة امرأة واحدة ؛ لحديث حذيفة في إجازة النبي ﷺ شهادة القابلة . ولأن التحديد بأكثر من ذلك قائم على الاجتهاد لا النص ، وعند الاجتهاد نميل إلى تيسير المعاملات ؛ لأن الولادة كثيراً ما لا يحضرها إلا امرأة واحدة .

رابعاً : الإقرار :

هذه هي الوسيلة الثالثة لإثبات فراش النسب ، وهي أضعف من الشهادة ؛ لأنها تقوم على شهادة واحد ، ولذلك كانت حجيته قاصرة على المقر . وإنما اعتبرت تلك الوسيلة لأنه يشهد على نفسه بحق للغير ، وهذا لا يكون غالباً إلا بحق .

وإذا كان الإقرار هو الدليل الثالث عند الفقهاء في إثبات النسب ، إلا أن فقهاء الحنفية يجعلونه الدليل الأول لثبوت النسب من الأمة المُسرَّاة ، ويطلقون عليه الاستلحاق أو الدعوة - بكسر الدال - ويقصدون بها أن يدعي السيد أن ما ولدته أمته منه ، فإذا لم يعلن ذلك ويستلحق الولد له لا ينسب إليه .

ولا يفرق الجمهور بين ولد النكاح وولد التسري أخذاً بعموم الفراش^(١) .

● والإقرار في اللغة : يطلق على الاعتراف والإثبات . يقال : أقر بالحق إذا اعترف به وأثبتته . ويقال : أقر على نفسه بالذنب : أثبته^(٢) .

والإقرار في الاصطلاح الفقهي : هو « الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر »^(٣) .

● والعمل بالإقرار مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

- أما دليل الكتاب : فأيات كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ وَلَيَمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا ﴾ (البقرة: ٢٨٢) .

(١) راجع سابقاً ، أسباب الفراش (التسري) .

(٢) لسان العرب ، القاموس المحيط - مادة : قرر .

(٣) هذا هو تعريف الجمهور ، وذهب بعض الحنفية إلى أن الإقرار إنشاء حق وليس إخباراً - تبين الحقائق ٢/٥ ، مجمع الأنهر ٢/٢٨٨ ، مواهب الجليل ٥/٢١٦ ، الشرح الصغير ٣/٥٢٥ ، المهذب ٢/٣٤٣ ، نهاية المحتاج ٥/٦٤ ، كشاف القناع ٦/٤٥٢ .

يقول ابن كثير : « والمعنى ، أن يملل المدين على الكاتب ما في ذمته من الدين وليتق الله في ذلك »^(١).

ومنه قوله تعالى : ﴿ بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ ﴿١﴾ وَلَوْ أَلْقَىٰ مَعَاذِيرَهُ ﴾

(القيامة: ١٤، ١٥)

يقول ابن كثير : « أي شهيد على نفسه عالم بما فعله ولو اعتذر وأنكر »^(٢).

- وأما دليل السنة : فأحاديث كثيرة ، منها ما ورد في الصحيحين من حديث جابر ، أن النبي ﷺ رجم ماعزاً بإقراره . وفي صحيح مسلم من حديث بريدة ، أن النبي ﷺ رجم الغامدية بإقرارها^(٣) . وإذا صح ذلك في الحد فغيره من باب أولى .
- وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة منذ عهد النبي ﷺ على مشروعية الإقرار وأنه حجة على المقر .

● ولا خلاف بين الفقهاء على حجية الإقرار في النسب للمقر إذا توفرت شروطه^(٤) . أما الإقرار بالنسب إلى الغير كما لو أقر إنسان بأن فلاناً أخاه من الأب أو الأم أو منهما فلا يقبل هذا الإقرار إلا بالبينة ؛ لأنه ادعاء يرتب حقاً على الغير^(٥) .

(١) تفسير ابن كثير ٤٤٨/١ .

(٢) تفسير ابن كثير ٥٧٧/٤ .

(٣) انظر : حديث ماعز عن جابر في صحيح البخاري ٦/٢٥٠٠ رقم ٦٤٣٤ ، صحيح مسلم ٣/١٣١٩ رقم ١٦٩٢ . وانظر حديث الغامدية عن بريدة في صحيح مسلم ٣/١٣٢٢ رقم ١٦٩٥ - وسبق تخريج حديث ماعز بنصه كاملاً في حكم التهمة بما لو ثبتت توجب حناً ، وذلك في مطلب صفة مشروعية البصمة الوراثية قصداً في الفصل الأول من الباب الأول ، كما سيأتي الحديث عنهما في إثبات الحدود .

(٤) يقول ابن المنذر : « أجمعوا على أن الرجل الذي قال هذا الطفل ابني وليس للطفل نسب معروف ينسب إليه أن نسبه يثبت بإقراره » الإجماع ص ٨٦ رقم ٣٢٣ - وسيأتي مزيد من البيان للإقرار بالنسب في حكم النفي الشرعي للنسب (مجهول الهوية أو اللقبط) .

(٥) انظر في فقه المذاهب : بدائع الصنائع ٦/١٩٩ ، حاشية ابن عابدين ٤/٤٥٧ ، شرح فتح القدير ٣/٢٦٢ ، مجمع الأنهر ٢/٢٨٥ ، ٢٨٧ ، أحكام الصغار ص ١١٥ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/٤١٥ ، الشرح الصغير ٣/٥٤١ ، بداية المجتهد ٢/٣٥٧ ، ٤٧١ ، المهذب ٢/٣٥١ ، مغني المحتاج ٢/٢٥٩ ، كشاف القناع ٦/٤٦١ ، الإنصاف ١٢/١٤٩ ، المغني ٥/٢٠٠ .

وذهب بعض الشافعية إلى ثبوت النسب بهذا الإقرار استناداً لما أخرجه الشيخان عن عائشة قالت : كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك . فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص ، وقال : ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فتساوقا إلى رسول الله ﷺ فقال سعد : يا رسول الله : ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه . فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه . فقال رسول الله ﷺ : « هو لك يا عبد بن زمعة » ثم قال رسول الله ﷺ « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ، ثم قال لسودة بنت زمعة : « احتجبي منه » لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص . قالت : فما رآها حتى لقي الله عز وجل^(١) .

ووجه الدلالة : أن النبي ﷺ قضى لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره ، إذ لم يكن هناك وارث منازع له .

أجاب ابن رشد عن الاستدلال بهذا الحديث فقال : « أشكل معنى هذا الحديث على أكثر الفقهاء لخروجه عن الأصل المجمع عليه في إثبات النسب ، ولهم في ذلك تأويلات . ذلك أن ظاهر الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل . ولذلك تأول الناس الحديث ، فقالت طائفة : إنه أثبت النسب بقول أخيه ؛ لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس ، وأنها كانت فراشاً له ، ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته ﷺ ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها . قال ابن رشد : ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ؛ لأنه لا يقضي القاضي عنده بعلمه .

والذين قالوا بهذا التأويل ، قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة ؛ احتياطاً لشبهة الشبهة ، لا أن ذلك كان واجباً .

(١) صحيح البخاري ٧٢٤/٢ رقم ١٩٤٨ ، صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ رقم ١٤٥٧ . وسبق الحديث في دليل الحنفية على منع القیافة - الباب الأول - الفصل الأول .

وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ، ولا بعلمه بالفراش . وافترق هؤلاء في تأويل قوله ﷺ : « هو لك » .

فقالت طائفة : إنما أراد هو عبدك - إذا كان ابن أمة أهلك - وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله ﷺ حكمه في ذلك بقوله : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . وقال الطحاوي : إنما أرد بقوله ﷺ : « هو لك يا عبد بن زمعة » أي يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة .

ثم قال ابن رشد : وهذه التأويلات تَضَعُفُ لتعليله ﷺ حكمه بأن قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(١) .

● واشترط الفقهاء لحجية الإقرار بالنسب أن يكون المقرُّ به مجهول النسب ، وأن لا ينازعه فيه منازع ؛ لأنه لو نازعه أحد فقد تعارض الإقراران ، وإذا تعارضا تساقطا ؛ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر . ونص الكمال بن الهمام على أنه يجوز الإقرار بنسب ولد الملائنة لإمكان كونه وطئها بشبهة^(٢) .
كما يشترط إمكان صدق الإقرار عقلاً ، فلا يقبل إقرار بنسبة ولد إليه يساويه في السن .

واشترط المالكية وهو القياس عند الحنفية - لصحة الإقرار - أن يستند إلى شهادة عدلين أو قرينة قوية ، فقد سئل الإمام مالك عن ادعاء الرجل اللقيط ، فقال : لا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه مثل أن يكون رجلاً لا يعيش له ولد ، فيسمع قول الناس إنه إذا طرح (أي نبذ) عاش فيطرح ولده ، فالتقط ، ثم جاء يدعيه ، فهذا إن سمع منه ما يستدل به على صدق قوله ألحق به اللقيط ، وإلا لم يلحق به^(٣) .

(١) بداية المجتهد ٢/٣٥٧ ، ٣٥٨ .

(٢) شرح فتح القدير ٣/٢٦٢ .

(٣) المدونة الكبرى ٤٦/٨ - ويفضل القاضي الباجي مذهب مالك فيقول : « إما أن يكون صاحب الإقرار وهو المستلحق صاحب ملك أو نكاح أو لا يعرف له ملك ولا نكاح . فإن كان لم يعرف عنه ملك ولا نكاح فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق به ما لم يتبين كذبه وبه قال مالك . وقال ابن القاسم أيضاً لا يلحق به إلا بينة . وأما إن ملك أمهم قبل ذلك ثم ادعاهم مع بقاء ملكه فلا خلاف في المذهب أنهم يلحقون به » - المنتقى شرح الموطأ ٥/٦ .

وقال ابن رشد : «الأصل عدم قبول الدعوى إلا بشهادة عدلين»^(١). وقال الكاساني الحنفي : «وفي القياس لا تسمع الدعوى إلا بينة ؛ لأنه يدعي أمراً جائز الوجود والعدم ، فلا بد من مرجح بالبينة . وفي الاستحسان : يقبل الإقرار لمصلحة اللقيط بشرف النسب والتربية ، ومصلحة المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والديوية»^(٢).

● هل يجوز الرجوع عن الإقرار بالنسب؟ ثلاثة مذاهب للفقهاء .

المذهب الأول : يرى أنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار بالنسب .

وهو مذهب الجمهور ، قال به المالكية والشافعية في الأصح ، وبه قال الحنابلة^(٣) ، وبعض الحنفية^(٤).

وحجتهم : أن النسب إذا ثبت لم يسقط بالاتفاق على نفيه قياساً على النسب الثابت بالفراش ؛ ولأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره . ولأنه ترتبت حقوق على الإقرار بالنسب ، فإنكاره يهز المعاملات والاستقرار .

المذهب الثاني : يرى جواز الرجوع عن الإقرار بالنسب إن صدقه المقر له ، وهو الوجه الثاني عند الشافعية .

وحجته : القياس على الرجوع بالإقرار بالمال وصدقه المقر له في الرجوع .

المذهب الثالث : يرى التفصيل في الرجوع عن الإقرار بالنسب بين أن يكون سببه النكاح وبين أن يكون سببه الاستيلاء (التسري) .

- فأما الإقرار بالنسب بسبب الاستيلاء فيجوز للسيد أن ينفي ولده من أمته بعد إقراره ؛ لأن فراشها ضعيف يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحه حيث لا ينتفي

(١) بداية المجتهد ٣٥٧/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ١٩٩/٦ ، وانظر تفصيل المسألة كما سيأتي في نسب مجهول الهوية (اللقيط) مع بيان النفي الشرعي للنسب .

(٣) الفروق ٣٨/٤ ، مواهب الجليل ٢٢٣/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٨ ، نهاية المحتاج ٤١١/٤ ، المهذب ٣٤٦/٢ ، ٣٥٢ ، المغني ١٦٤/٥ ، ٢٠٦ ، ١٩٧/٨ .

(٤) قال ابن عابدين : ذكره في شرح السراجية - حاشية ابن عابدين ٤٦٧/٤ .

نسب ولدها إلا باللعان لتأكد الفراش . واشترط بعضهم لصحة نفي الولد بالاستيلاء
ألا يعارض حكماً قضائياً به ، وألا يتناول الزمان قبل النفي .

- وأما الإقرار بالنسب بسبب النكاح فيفصلون أيضاً بين أن يكون الإقرار ببينة
ونحوها أو بإخوة ونحوها . فقالوا : يجوز الرجوع في الإقرار بالنسب لغير الأصول
والفروع والزوجة ، ولا يجوز الرجوع بالإقرار بالنسب لهؤلاء^(١) .

فإن أقر بأخ له وصدقه المقر له ، ثم رجع عما أقر به صح إن صدقه المقر عليه .
أما إن أقر بنسب ابن أو أب فلا يجوز الاتفاق على نفيه .
وإلى هذا ذهب جمهور الحنفية وعليه الفتوى^(٢) .

والمختار عندي : هو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والأصح عند الشافعية
وهو مذهب الحنابلة - أصحاب المذهب الأول - القائلون بأنه لا يجوز الرجوع عن
الإقرار بالنسب لمجرد إمكان الرجوع بالإقرار ؛ استقراراً للمعاملات . أما الرجوع
عن الإقرار لأمر خارج عنه ، كما إذا ظهرت حجة أقوى من الإقرار في تصحيح
النسب فإنه يعمل بالدليل الأقوى سعياً للحق وتركاً للظن . قال تعالى : ﴿ وَإِنَّ
الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً ﴾ (النجم: ٢٨) .

خامساً : الاستفاضة (الشهادة بالسمع)

هذه هي الوسيلة الرابعة لإثبات فراش النسب ، وهي تقوم على التسامع
والاشتهار دون سند من شهادة أو إقرار .

والاستفاضة في اللغة : مصدر استفاض . يقال : استفاض الحديث والخبر وفاض ،
بمعنى ذاع وانتشر .

(١) يقول صاحب مجمع الأنهر : «وأعلم أن الفراش إما ضعيف وهي الأمة . أو متوسط وهي أم الولد .
أو قوي وهي المنكوحه . أو أقوى وهي المعتدة ، فيثبت نسب ولدها ولا ينتفى أصلاً لعدم
اللعان» - مجمع الأنهر ١/ ٥٣٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، مجمع الأنهر ٢/ ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

وأصل الإفاضة : الزيادة . تقول : فاض الماء فيضاً وفيضاً ، أي كثر حتى سال ، فهو فائض وفاض^(١) .

ويمكن تعريف الاستفاضة اصطلاحاً ، بأنها : اشتهاؤ الأمر بين الناس حتى يصير معروفاً بينهم ، ويقول جمع كبير من الناس سمعنا أن فلاناً ابن فلان . وتسمى الشهادة بالسماع .

● والاستفاضة دليل ضعيف ؛ لأنها على غير القياس الوارد في الحديث الذي أخرجه الحاكم وصححه ، والبيهقي وضعفه ، عن ابن عباس ، أن النبي ﷺ قال لرجل : « ترى الشمس؟ » قال : نعم . قال : « على مثلها فاشهد أو دع »^(٢) .

وفي حجية الاستفاضة يقول ابن قدامة : « أجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالاستفاضة من السماع في النسب والولادة . قال ابن المنذر : أما النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به ؛ إذ لا سبيل إلى معرفته قطعياً بغيره ، ولا تمكن المشاهدة فيه ، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه ، قال تعالى : ﴿ يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ ﴾ (البقرة: ١٤٦) .

ثم قال ابن قدامة : وكلام أحمد والخرقي يقتضي ألا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار ، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم »^(٣) .

واقصر الفقهاء في حجية الاستفاضة على ما كان يعلم بالاشتهار والسماع كالموت والنكاح والنسب ؛ لأنه يتعذر العلم غالباً بدون الاستفاضة ؛ ولأنه يختص

(١) لسان العرب ، المعجم الوسيط - مادة : فيض .

(٢) الحديث أخرجه الحاكم عن ابن عباس ، وقال صحيح على شرط الشيخين ، وفي رواية عنه قال : ذكر عند رسول الله ﷺ فقال لي : « يا ابن عباس لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء الشمس ، وأوماً رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس » - المستدرك ٤/٩٨ ، ٩٩ ، كما أخرجه البيهقي وقال : « في أحد رواياته تكلم فيه الحميدي ولم يرو عن وجه يعتمد عليه » - السنن الكبرى ١٠/١٥٦ . قال ابن حجر : « أخرجه ابن عدي بإسناد ضعيف ، وصححه الحاكم فأخطأ » - بلوغ المرام مع سبل السلام ٤/١٤٨ رقم ١٣١٩ .

(٣) المغني والشرح الكبير ١٢/١٢٣ .

بمعينة أسبابها خواص من الناس ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام^(١).

ومن هنا اشترط الحنفية لقبول الشهادة على الشهادة تعذر حضور أصل الشاهد^(٢).

سادساً : حكم تعارض الأدلة :

يخرج من حكم تعارض الأدلة ما ثبت قطعاً ، كما ذكر الشيرازي في ثبوت النسب بالوحي ، وقد انقطع .

وفي غير الوحي يحتكم في الأدلة إلى أقواها ، فيقدم دليل الفراش الذي هو قيام حال الزوجية على الشهادة ، وتقدم الشهادة على الإقرار . ويقدم الإقرار على التسامع .

وإذا تعارض دليلان متساويان فإنه يحتكم في النسب إلى القيافة ، فإذا تعارضت القيافة مع نفسها باختلاف القافة ، أو لم تكن قيافة ؟ فقد ذهب الحنفية والحنابلة في المشهور : إلى إلحاق الولد بالمتنازعين جميعاً .

وذهب المالكية والظاهرية إلى إجراء القرعة . وذهب الشافعية وبعض الحنابلة : إلى تخيير الولد بينهما بعد البلوغ . وذهب أبو بكر من الحنابلة : إلى ضياع نسبه . ولا يقبل قول الولد في الانتساب ؛ لأن الطبع يميل إلى غير القرابة لإحسانه إليه وحسن أخلاقه^(٣).

ويرى ابن رشد المالكي : أن القول بإلحاق الولد لأكثر من أب قول فيه تخليط وإبطال للمعقول والمنقول^(٤).

(١) جامع الفصولين ١٧١/١ ، حاشية ابن عابدين ٣٧٥/٤ ، جواهر الإكليل ٢٤٢/٢ ، مواهب الجليل ١٩٢/٦ ، مغني المحتاج ٤٤٨/٤ ، المغني والشرح الكبير ٢٤/١٢ ، سبل السلام ١٤٨١/٤ .

(٢) مجمع الأنهر ٢١١/٢ .

(٣) راجع سابقاً الحكم التكليفي للبصمة الوراثية - التحقق بالبصمة الوراثية من النسب عند التنازع (هامش) كما سيأتي ذكر أدلة هذه المذاهب في حكم النفي الشرعي للنسب مع بيان أحكام مجهول الهوية (اللقبط) . وانظر أيضاً : بداية المجتهد ٢٥٩/٢ ، روضة الطالبين ٤٣٩/٥ ، العدة شرح العمدة ص ٤٤٤ ، المغني ٧٧٣/٥ ، المحلى ٤٢٧/١١ .

(٤) بداية المجتهد ٣٥٩/٢ .

ويدل على الاحتكام إلى أقوى الأدلة عند تعارضها : ما أخرجه أبو داود بإسناد حسن ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، « أن النبي ﷺ قضى أن كل مستحلح استلحق بعد أبيه الذي يدعى له فقد لحق بمن استلحقه »^(١).

وفي شرح هذا الحديث يقول الخطابي : « هذه أحكام وقعت في أول زمان الشريعة ، وذلك أنه كان لأهل الجاهلية إماء بغايا ، وكان سادتهن يُلْمون بهنّ ، فإذا جاءت إحداهن بولد ربما ادعاه السيد والزاني ، فألحقه النبي ﷺ بالسيد ؛ لأن الأمة فراش كالحرّة ، فإن مات السيد ولم يستلحقه ثم استلحقه ورثته بعده لحق بأبيه »^(٢).

(١) رواه أبو داود ولم يضعفه ، فهو عنده حسن حيث قال النووي : « كل ما لم يضعفه أبو داود فهو عنده حسن » - المجموع ٩٦/٥ - وانظر الحديث في سنن أبي داود ٩١٧/٢ رقم ٢٧٤٦ . ويقول أبو الطيب محمد شمس الحق آبادي : « الحديث فيه محمد بن راشد بن مكحول وفيه مقال » - عون المعبود ٢٤٧/٢ ط . الهند . قلت : ورواه ابن ماجه بإسناد حسن بلفظ : « أن النبي ﷺ قضى أن كل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي يدعى له ادعاه ورثته فقضى أن كل من كان من أمة يملكها يوم أصابها فقد لحق بمن استلحقه » - سنن ابن ماجه ٩١٧/٢ .

(٢) عون المعبود ٢٤٧/٢ .

الغصن الثاني

البصمة الوراثية وعودة إلى محل النزاع

إن محل النزاع - كما سبق بيانه في صدر هذا الفرع - يتمحض في طريق إثبات الفراش الحقيقي الذي يكون منه الولد ، وذلك بعد إجماع الفقهاء على أنه لا ينسب للزوج الولد الذي تأتي به زوجته من غيره ، إذا تيقنا ذلك ، كما لو أتت به قبل مضي ستة أشهر من بداية الزواج ، أو كان الزوج صغير السن لا يولد لمثله ، أو كما لو أخبرنا الوحي بالنسب ، كما ذكر الإمام الشيرازي .

وإن الذي حمل الفقهاء إلى التوجه إلى إثبات الفراش الحقيقي عن طريق مظنته بقيام حال الزوجية هو طبيعة تلك العلاقة الخاصة بين الزوجين القائمة على السرية والحياء ، وعند العجز عن الوصول إلى أصل الحقيقة فإنه من الطبيعي أن تنتقل إلى مجاز أقرب إلى تلك الحقيقة ، وأقرب مجاز في مثل هذه الحال هو قيام حال الزوجية بالعقد كما ذهب الحنفية ، أو بالدخول كما ذهب الجمهور ، فإن هذه الحال تجيز شرعاً وعقلاً اتصال الزوجين ومعاشرتهما بما يأتي الله به بالولد ، فاعتبر الفقهاء هذه المظنة قائمة مقام الشهادة على الجماع أو الوطء ، ولذلك رأينا الفقهاء يطلقون على هذه الحال « دليل الفراش » وكأنهم جعلوا مظنة الفراش فراشاً . وشاع هذا الاصطلاح - اصطلاح الفقهاء بالفراش - دليلاً للنسب ، والحقيقة أنهم يقصدون في الواقع مظنة الفراش وليس الفراش ، كما صرح بذلك الشيرازي ، وقال : « إن أتت المرأة بولد يمكن أن يكون منه (أي الزوج) لحقه في الظاهر ؛ لأن مع وجود هذه الشروط (قيام الزوجية واجتماع الزوجين وهما ممن يولد لمثلها) يمكن أن يكون الولد منه ، وليس هنا ما يعارضه ولا ما يسقطه ، فوجب أن يلحق به »^(١) .

وجاءت البصمة الوراثية بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية ، دون ما كشف للعورة ، أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين ، ودون ما تشكك

(١) المذهب ١٢٠/٢ مع تصرف وضعته بين القوسين - وسبق ذكر النص بدون تصرف في الفراش (حالة الزوجية).

في ذم الشهود أو المقرين أو القافة ؛ لأن الأمر يرجع إلى كشف آلي مطبوع مسجل عليه صورة واقعية حقيقية للصفات الوراثية للإنسان ، والتي تتطابق في نصفها مع الأم الحقيقية ، ونصفها الآخر مع الأب الطبيعي ، فهل بعد ذلك يجوز أن نلتجئ لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟

إن وسائل إثبات النسب ليست أموراً تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية ، ولن نهملها في الحقيقة لأنها حيلة المقل ، فإذا لم تيسر الإمكانات لتعميم البصمة الوراثية فليس أمامنا بد من الاستمرار بقوة الشرع في تلك الوسائل المعروفة .

وصدق الله تعالى حيث يقول : ﴿ سَتُرِيهِمْ ءَايَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٤﴾ أَلَا إِنَّهُمْ فِي مِرْيَةٍ مِّن لِّقَاءِ رَبِّهِمْ ۗ أَلَا إِنَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ مُّحِيطٌ ﴿٥٥﴾ ﴾ (فصلت: ٥٤، ٥٥).

الفصل الثالث

دعوى تصحيح النسب

إن اعتماد « البصمة الوراثية » دليلاً قطعياً للفراش الحقيقي ينشئ دعوى جديدة يمكن أن نطلق عليها : « دعوى تصحيح النسب » ، وهي دعوى لم يكن لها من قبل ذبوع ، وإن كان أصلها في الكتاب والسنة .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَتَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۗ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ النَّسَىٰ تَطْهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۗ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۗ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٥٤﴾ ﴾ (الأحزاب: ٥٤، ٥٥).

يقول ابن كثير : « هذا أمر ناسخ لما كان في ابتداء الإسلام من جواز ادعاء الأبناء الأجانب ، وهم الأديعاء ، فأمر تبارك وتعالى برد نسبهم إلى آبائهم في الحقيقة ، وأن هذا هو العدل والقسط والبر . وذكر البخاري أن زيد بن حارثة رضي الله عنه مولى

رسول الله ﷺ كان يدعى بزید بن محمد ، حتى نزلت تلك الآية : ﴿ اَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ ﴾ ، فنسب لأبيه حارثة^(١) .

وأما السنة فما أخرجه الشيخان من حديث عائشة في قصة عتبة بن أبي وقاص الذي عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص ، أن ابن وليدة زمعة منه . فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال : هو ابن أخي . فقام إليه عبد بن زمعة ، وقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه . ولما رفع الأمر للنبي ﷺ قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(٢) .

فهذه قصة تفيد التنازع لتصحيح النسب من بعض الأوجه ، وإن كان فيها معنى دعوى الاستلحاق .

الفرق بين دعوى الاستلحاق وبين دعوى تصحيح النسب :

(١) دعوى الاستلحاق - عند الفقهاء - هي : الإقرار للغير بالنسب . فكأن المقر استلحق نسب المقر له إليه . ويشترط لصحتها : أن لا يكون الولد منسوباً لأحد .

واصطلاح الاستلحاق ذكره فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في النكاح والتسري . أما فقهاء الحنفية فقد استعلموه كثيراً في التسري ؛ لأن الولد لا يلحق بالسيد إلا به عندهم ، وأطلقوا عليه أيضاً الدعوة^(٣) - بكسر الدال وفتحها - وأما في نسب النكاح فقد عبروا بالإقرار به ، ويريدون معنى الاستلحاق عند الجمهور^(٤) .

(١) تفسير ابن كثير ٦١٦/٣ مع تصرف . والحديث المذكور أخرجه البخاري عن ابن عمر - صحيح البخاري ١٧٩٥/٤ رقم ٤٥٠٤ .

(٢) صحيح البخاري ٧٢٤/٢ رقم ١٩٤٨ ، صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ رقم ١٤٥٧ - وسبق الحديث بطوله في دليل الإقرار مع بيان وسائل إثبات فراش النسب .

(٣) الدعوة مصدرها دعا . تقول : دعوت زيداً دعاء ودعوة أي ناديته . والدعوة تأتي في اللغة لمعان كثيرة منها : النداء والطلب والدين والحلف ولما يقدم من طعام وشراب ، وخصها اللحياني بالدعوة إلى الوليمة ، كما تطلق الدعوة على النسب . تقول : فلان يدعى لفلان ، أي ينسب إليه ، والمنسوب إلى غير أبيه يقال له : الدعي . وأكثر العرب يقولون في النسب الدعوة - بفتح الدال . وقال ابن شميل : الدعوة - بكسر الدال - في النسب ، وأما بفتحها ففسي الطعام ، وقال عدي ابن الرباب بالعكس ، يفتحون الدال في النسب ويكسرون في الطعام - لسان العرب ، تاج العروس ، القاموس المحيط - مادة : دعو .

(٤) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ٥٣٤/١ ، ٥٣٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٣/٣ ، مواهب الجليل ٢٣٨/٥ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤١٢/٣ ، حاشية البجرمي ٩١/٣ ، فتح العزيز ٢٦١/٣ ، المغني ٢٠٠/٥ .

(٢) أما دعوى تصحيح النسب فتعني نفي نسب قائم وإثبات نسب آخر بضوابط خاصة . وهذه الدعوى لم يكن لها من قبل وجود إلا في تصحيح نسب المتبني .

وبعد ظهور «البصمة الوراثية» وانتشارها ومعرفة الفراش الحقيقي فإنه يمكن لصاحب النسب المغلوط أن يستند إلى «البصمة الوراثية» كما يستند إلى وثيقة عقد الزواج للأبوين الحقيقيين ، ويرفع بهما دعوى تصحيح النسب . مستنداً إلى حديث البخاري عن سعد بن أبي وقاص ، أن النبي ﷺ قال : « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام » ، وأخرجه مسلم عنه بلفظ : « من ادعى أباً في الإسلام غير أبيه يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام »^(١) .

وهذه الدعوى تثير عدة تساؤلات بخصوص حكم نفي النسب بعد ثبوته الذي يرفضه الفقه الإسلامي .

وإنما يرفض الفقه الإسلامي دعوى نفي النسب بعد ثبوته ؛ تعظيماً لأمر النسب ، وحماية له من الضياع .

أما دعوى تصحيح النسب فإنها في الوقت الذي تنفي فيه النسب من جهة تثبته من جهة أخرى تصحيحاً للأوضاع ، وهو أمر ممدوح شرعاً ، ويتفق مع القاعدة الشرعية أن الثابت لا يزول إلا بيقين ، وهنا يقين .

وهكذا ، أوجدت لنا «البصمة الوراثية» نوعاً جديداً من الدعاوى ، وفتحت باباً جديداً للتنازع ، يجب أن نسلم بواقعه ، وهو ثمرة حتمية للتقدم التقني والتفوق الطبي .

الفرع الثالث

أثر ثبوت النسب الشرعي وعلاقته بالجنسية

أتكلم في هذا الفرع عن أثر ثبوت النسب الشرعي ، وحكم التبرؤ منه ، وعلاقته بالجنسية ومشكلة «البدون» الكويتية ونحوها ، وذلك في غصنين :

(١) صحيح البخاري ١٥٧٢/٤ رقم ٤٠٧١ ، صحيح مسلم ٨٠/١ رقم ٦٣ .

الغصن الأول

أثر ثبوت النسب الشرعي وحكم التبَرُّ منه

يترتب على ثبوت النسب الشرعي كثير من الأحكام ، منها ما يتعلق بحقوق الوالدين ، قال تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ (الإسراء: ٢٣)، ومنها ما يتعلق بالمحرمات ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ (٢٤) ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْتِكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ يَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَالَاتُكُمُ اللَّاتِي أُبْنَيْتُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ (٢٥) ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ﴾

(النساء: ٢٢-٢٤)

ومن تلك الأحكام المترتبة على ثبوت النسب الشرعي : وجوب الإنفاق ، قال تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ مِمَّا رَزَقَتْهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْعُرْفِ ﴾ (البقرة: ٢٣٣)، وأيضاً : حقوق المواريث ، قال تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ (النساء: ١١)، وأيضاً : نفي القود للوالدين ؛ لما أخرجه الترمذي ، وقال فيه اضطراب ، كما أخرجه الإمام أحمد والبيهقي وصححه ، عن عمر بن الخطاب ، أن النبي ﷺ قال : « لا يقاد الوالد بالولد »^(١).

(١) سنن الترمذي ١٨/٤ رقم ١٣٩٩ ، ١٣٤٠ ، مسند الإمام أحمد ٦١/١ رقم ٩٨ . قال ابن حجر : « رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه ابن الجارود والبيهقي وقال الترمذي مضطرب » - بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٨٧/٣ رقم ١٠٨٩ - وصحح البيهقي إسناده في المعرفة بلفظ : « لا يقاد الأب من ابنه » - معرفة السنن والآثار للبيهقي ١٢/٠٤ .

ومن أعظم الأحكام التي تترتب على ثبوت النسب الشرعي بالنكاح : منع نفيه وسقوطه إلا باللعان ، وهو من المسائل المجمع عليها بين فقهاء المذاهب الإسلامية في الجملة ؛ لأن الثابت لا يسقط^(١) ، وكذلك إذا ثبت النسب بالاستيلاء (التسري) عند الجمهور . ويرى الحنفية في المعتمد عندهم : جواز نفي السيد ولده من أمته بعد إقراره ؛ لأن فراشها ضعيف (كما سبق بيانه قريباً في دليل الإقرار على الفراش). والمختار : هو قول الجمهور هنا ؛ لأن الثابت لا يسقط إلا بما هو أقوى منه .

وقد أخرج ابن حبان والنسائي وأبو داود ، عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين »^(٢) ، وأخرج البيهقي عن عمر بن الخطاب ، أنه قال : « من أقر بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه »^(٣) .

هذا ، وهناك قول شاذ عند الشيعة الإمامية يرى سقوط نسب النكاح الثابت بالفراش بتبرؤ الأب . يقول صاحب الروضة البهية : « لا عبرة بالتبرؤ من النسب عند السلطان في المنع من إرث المتبرئ على الأشهر ، للأصل وعموم القرآن الدال على التوارث مطلقاً ، وفيه قول شاذ للشيخ في النهاية وابن البراج : أن المتبرأ من نسبه يرثه عصبة أمه دون أبيه لو تبرأ أبوه من نسبه ، استناداً إلى رواية أبي بصير . قال : سألته عن المخلوع تبرأ منه أبوه عند السلطان ومن ميراثه وجريته ، لمن ميراثه؟ فقال : قال علي عليه السلام : « هو لأقرب الناس إليه » ، ولا دلالة لهذه

(١) هذا الإجماع ذكره الصنعاني في سبل السلام ١١٢١/٣ - أقول : وهو إجماع فيه نظر ، وقد سبق التعليق عليه في الحكم التكليفي للبصمة الوراثية لتحقيق النسب حال استقراره . وهو إجماع صحيح على المعتمد فيما إذا ثبت النسب بالفراش . أما إذا ثبت بالإقرار ففيه تفصيل سبق قريباً في دليل الإقرار على ثبوت النسب ، والجمهور على أنه لا يجوز للمقر بالنسب أن يرجع في إقراره .

(٢) صحيح ابن حبان ٤١٨/٩ رقم ٤١٠٨ ، سنن النسائي ١٧٩/٦ رقم ٣٤٨١ ، سنن أبي داود ٢٧٩/٢ رقم ٢٢٦٣ . وأعله ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٢٦/٣ - وسبق الحديث في الحكم التكليفي للبصمة الوراثية للتحقق من النسب حال استقراره .

(٣) السنن الكبرى ٦٣/٤ ، ٢٣٤/١٠ . قال ابن حجر : « هذا الأثر أخرجه البيهقي وهو حسن موقوف » - بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٢١/٣ رقم ١٠٣٥ .

الرواية على ما ذكره ؛ لأن أباه أقرب الناس إليه من عصابة أمه . وقد رجح الشيخ عن هذا القول صريحاً في المسائل الحاثرية^(١) .

ويجب التنبيه هنا إلى ما ذكره ابن منظور في لسان العرب ، من أن نظام التبرؤ من النسب نظام جاهلي قبل الإسلام ، ويسمى بنظام الخلع - بضم الخاء - من النزع أو القطع أو التجريد - فالأب يخلع ابنه من نسبه ويقطعه عنه ويجرده منه .

وقد كان أهل الجاهلية يخلعون من يغضبون عليه ، فكان الرجل منهم يأتي بابنه إلى الموسم ويقول : ألا إني قد خلعت ابني ، فإن جرَّ^(٢) لم أضمن ، وإن جرَّ عليه لم أطلب .

وهذا المخلوع يطلق عليه خليع ، وقد جاء ذكره في شعر ينسبه بعض الرواة إلى امرئ القيس في معلقته ، وينسبه الأكثرون إلى تأبط شرا ، وهو يقول :

وواد كجوف العير قفّر قطعته به الذئب يعوي كالحليع المعيل .

وكان أولياء الرجل وعشيرته في الجاهلية يؤاخذون بجناية مولاهم ، فإذا كان أحدهم شاطراً^(٣) خبيثاً فأراد أولياؤه أن يتبرءوا من أن يؤاخذوا بجنایاته أظهروا ذلك للناس وسموا فعلهم ذلك خلعاً ، والمتبرأً منه خليعاً ، فلا يؤاخذون بجنایته ولا يؤاخذ هو بهم^(٤) .

ولما جاء الإسلام أبطل تلك العادة الذميمة مراعاة لحق الصغار ، ومنعاً من تدخل الأهواء ، ولا يعذر الأب من هذا التصرف الشنيع حتى ولو عقه ولده ، أو كفر والعياذ بالله .

والدليل على عدم سقوط النسب بالعقوق : أن الله تعالى لم يسقطه بالكفر ، والكفر أشد وأشنع ، قال تعالى : ﴿ وَنَادَى نُوحٌ ابْنَهُ وَكَانَ فِي مَعْرَلٍ يَبُنِيّ أَرْكَبْ مَعَنَا وَلَا تَكُنْ مَعَ الْكَافِرِينَ ﴾ ﴿١٧﴾ قَالَ سَقَاوِي إِلَى جَبَلٍ يَعْصِمُنِي مِنَ

(١) الروضة البهية ٢/٣٣٦ .

(٢) الجريرة هي الجناية والذنب . وفي المثل : « في الجريرة تشترك العشيرة » يضرب في الحث على المواساة والتعاون . ويقال : فعلت ذلك من جريرتك ، أي من أجلك - لسان العرب ، مادة :

جرر .

(٣) الشاطر هو الخبيث الفاجر ، ويطلق أيضاً على الفهم المتصرف - لسان العرب - مادة : شطر .

(٤) لسان العرب - مادة : خلع .

الْمَاءِ قَالَ لَا عَاصِمَ الْيَوْمَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ إِلَّا مَنْ رَجِمَ^٤ وَحَالَ بَيْنَهُمَا الْمَوْجُ فَكَانَ
 مِنَ الْمُغْرَقِينَ ﴿ (هود: ٤٢، ٤٣) . ثم قال تعالى : ﴿ وَنَادَى نُوحٌ رَبَّهُ فَقَالَ رَبِّ
 إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي وَإِنَّ وَعْدَكَ الْحَقُّ وَأَنْتَ أَحْكَمُ الْحَاكِمِينَ ﴿٥٠﴾ قَالَ يَبْنَوحُ إِنَّهُ لَيْسَ
 مِنْ أَهْلِكَ إِنَّهُ عَمَلٌ غَيْرُ صَالِحٍ فَلَا تَسْتَلِنَ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنِّي أَعِظُكَ أَنْ
 تَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ ﴿ (هود: ٤٥، ٤٦) .

يقول ابن كثير : « قوله تعالى ﴿ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ ﴾ معناه ، أي الذين
 وعدت إنجاءهم ، لأنني إنما وعدتك بنجاة من آمن من أهلك ، ولهذا قال :
 ﴿ وَأَهْلِكَ إِلَّا مَنْ سَبَقَ عَلَيْهِ الْقَوْلُ ﴾ (هود: ٤٠) فكان هذا الولد ممن سبق عليه
 القول بالغرق لكفره ومخالفته أباه - نبي الله نوحًا ، عليه السلام - وقد نص غير
 واحد من الأئمة على تخطئة من ذهب في تفسير هذا إلى أنه ليس بابنه وإنما كان
 ابن زنية . ويحكي القول بأنه ليس بابنه وإنما كان ابن امرأته . والصواب هو الأول
 لا محيد عنه ، وهو قول ابن عباس^(١) .

ويدل أيضاً على عدم نفي النسب بالكفر قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ لِأَبِيهِ
 ءَأَزْرَأُ تَتَّخِذُ أَصْنَامًا ءَالِهَةً إِنِّي أُنذِرُكَ وَقَوْمَكَ فِي ضَلَالٍ مُبِينٍ ﴾ (الأنعام: ٧٤) حيث لم
 يقطع الله النسب بالكفر .

الغصن الثاني

علاقة الجنسية بالنسب وبصمته

وموقف البدون في الكويت منهما

قبل الحديث عن علاقة الجنسية بالنسب يجب أولاً أن نعرف الجنسية ، وأن
 نبين طرق اكتسابها وفقدائها في القانون الدولي والقانونين المصري والكويتي ، كما
 تلقى الضوء على مشكلة «البدون أو غير محددى الجنسية» في الكويت وموقف
 البصمة الوراثية من ذلك .

(١) تفسير ابن كثير ٥٨٩/٢ .

أولاً : فكرة الجنسية وحقيقتها :

عرفت المجتمعات البشرية القديمة فكرة الجنسية ، غير أنه لم يظهر مصطلح الجنسية بمفهومه المعاصر إلا حديثاً في القانون الفرنسي سنة ١٧٣٥ م . ويعرفها البعض بأنها تطلق في القانون الدولي على « تلك العلاقة المحددة بين فرد ودولة ، والتي تعطي للدولة حقاً دائماً وغير مشروط في حماية الفرد في نفسه وماله في مواجهة الدول الأخرى ، وتفرض على الدولة ذاتها في علاقتها بالدول الأخرى واجب إدخاله في إقليمها»^(١).

ومن المتفق عليه بين المتخصصين في القانون الدولي أن الجنسية تتميز بخصائص ثلاث ، هي : أن الجنسية علاقة بين فرد ودولة ، وأن القانون الدولي هو الذي ينظم أحكامها ، وأن لها آثاراً دولية في مواجهة الدول الأخرى . ويمكن القول بأن نظام الجنسية مستمد من فكرة الولاء التي كان يدين بها الفرد في العصور الوسطى للحاكم الإقطاعي أو للملك بصفته الشخصية . ولما ظهرت فكرة الجنسية بمعناها الحديث وأصبح الأفراد خاضعين لسلطان الدولة المباشر بدلاً من خضوعهم لسلطان الحاكم الشخصي تحولت علاقة الولاء التي تربط الفرد والحاكم إلى علاقة تبعية بين الفرد والدولة^(٢).

ثانياً : طرق اكتساب الجنسية وفقدانها :

من القواعد المستقرة في القانون الدولي أن حق تنظيم طرق كسب وفقد الجنسية هو حق لكل دولة على أرضها ، مستمد من سيادتها على إقليمها ، ولها في ذلك مطلق الحرية ضمن الحدود التي يضعها القانون الدولي ، والذي لا يتدخل عادة إلا بالقدر الذي يكفل للعلاقات الدولية احترامها .

(١) الجنسية الكويتية - دراسة للنظرية العامة للجنسية وللمرسوم الأميري رقم ٥١ لسنة ١٩٥٩م بشأن الجنسية الكويتية وتعديلاته ، تأليف الدكتور/ رشيد حمد العنزي - الكويت ١٩٩٥م - مطابع الوزن العالمية ، ص ١٣ - وما بعدها .

(٢) الوسيط في الجنسية - دراسة مقارنة لأحكام القانون المصري للدكتور فؤاد عبد المنعم رياض - دار النهضة العربية ١٩٨٣م ص ١٠ وما بعدها ، الجنسية الكويتية - دراسة للنظرية العامة للجنسية - مرجع سابق - ص ١٥ وما بعدها .

وفي النظام الحديث يشير الدستور في كل دولة - غالباً - إلى أن كسب الجنسية وفقدها يجب أن يكونا وفقاً للقانون .

وقد جرى العمل في الدول على منح الجنسية بطريقتين : أصلية بالميلاد بحيث لا يكون للفرد يد فيها ، أو لاحقة بعد الميلاد وتكون حسب رغبة الفرد وموافقة الدولة .

أما الجنسية الأصلية فقد اختلفت الدول في سبيلها على اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أن الجنسية الأصلية تكون بحق الدم ، أي بالميلاد لأب يتمتع بجنسية الدولة ، أو لأم تتمتع بجنسية الدولة ، بغض النظر عن مكان ميلاد الولد . ويتبع هذا غالباً في الدول غير المستوردة للسكان .

الاتجاه الثاني : يرى أن الجنسية الأصلية تكون بحق الإقليم ، أي بالميلاد على أرض الدولة ، بغض النظر عن جنسية أي من الوالدين . ويتبع هذا غالباً في الدول التي تعاني نقصاً في السكان ومن ثم تسعى إلى تغذية هذا العنصر عن طريق فرض جنسيتها .

وأما الجنسية اللاحقة بعد الميلاد فتكتسب من خلال ما يسمى بالتجنس بغير حقي الدم والإقليم .

وكما أن حق تحديد طرق كسب الجنسية - الأصلية أو اللاحقة - مطلق للدولة ، كذلك فإن للدولة الحق المطلق في تحديد ضوابط فقدها^(١) .

ثالثاً : اكتساب الجنسية المصرية وفقدها :

ندرس طرق اكتساب الجنسية المصرية وفقدتها لتحديد الدور الذي تقوم به البصمة الوراثية عند الاحتكام إليها في نزاعات الجنسية المصرية ، وسائر الدول التي تأخذ بنظام الجنسية الذي أخذت به .

(١) الوسيط في الجنسية - مرجع سابق ص ٣٤ وما بعدها ، الجنسية الكويتية - مرجع سابق - ص ٢٧ وما بعدها .

وقد نجحت السياسة المصرية - كأكثر دول العالم - في معالجة نظام الجنسية على رعاياها تدريجياً بما جنبها الكثير من المشكلات العويصة التي وقعت فيها بعض الدول ، وأخطرها مشكلة «البدون أو غير محددى الجنسية» ، وإن مرت تشريعات الجنسية المصرية ببعض الاضطرابات بسبب المتغيرات السياسية .

وكانت مصر منذ الفتح الإسلامي في أوائل القرن الثامن الميلادي إحدى ولايات الخلافة الإسلامية المتعاقبة ، وكان آخرها الخلافة العثمانية التي أصدرت أول تشريع وضعي منظم للجنسية في ١٩ يناير ١٨٦٩م ، وتنص مادته الأولى على أنه : «يعتبر عثمانياً كل من ولد لأبوين عثمانيين أو لأب عثمانياً» . وسرى هذا القانون في مصر منذ صدوره باعتبارها جزءاً من الدولة العلية ، واستمر سارياً بها حتى انفصالها عن الخلافة العثمانية بنشوب الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤م ، ومرت مصر بمرحلة فراغ تشريعي ، وإزاء الجهود الوطنية صدر الدستور المصري سنة ١٩٢٣م ونص على أن الجنسية المصرية يحددها القانون ، وتراخى ظهور هذا القانون حتى ٢٦ مايو ١٩٢٦م ، وهوتاريخ أول مرسوم بقانون منظم للجنسية المصرية ، إلا أنه لقي معارضة شديدة من الأجانب المتمتعين بالامتيازات ، وأدى ذلك إلى امتناع السلطة التنفيذية عن تنفيذه ، مما اضطر القضاء إلى تطبيق نصوص الجنسية العثمانية حتى أصدر المشرع المصري المرسوم بقانون رقم ١٩ سنة ١٩٢٩م ، وقد اتخذ هذا التشريع الجديد «حق الدم» أساساً للجنسية المصرية ، كما أخذ بـ«حق الإقليم» لمنح الجنسية المصرية لكل من ولد بالقطر المصري لأبوين مجهولين ، ونص على أن المرأة المصرية التي تتزوج من أجنبي تفقد الجنسية المصرية إذا كانت بمقتضى هذا الزواج تدخل في جنسية زوجها .

وفي منتصف القرن العشرين صدر القانون رقم ١٦٠ بشأن الجنسية المصرية الذي بدأ العمل به في ١٨ سبتمبر ١٩٥٠م ، وكان على نحو القانون السابق إلا أنه توسع في حالات سحب الجنسية ، كما ضيق من مخارج دخول الأجانب في الجنسية المصرية على النحو الذي كان ملموساً في قانون ١٩٢٩م .

وبعد إعلان الثورة النظام الجمهوري اقتضى الأمر إصدار تشريع يتلاءم مع الوضع الجديد ، فكان القانون ٣٩١ لسنة ١٩٥٦م الذي حرص على تمصير أسس الجنسية المصرية بعدم إعادة النص على تعبير الرعوية العثمانية اكتفاء بالإحالة إلى قانون ١٩٥٠م ، كما حرص على حماية الجماعة الوطنية من الأشخاص الذين لا يدينون بالولاء لها وهم الصهاينة ومن يصدر حكم بإدانتهم في جرائم تمس ولاءهم لمصر . كما توسع هذا القانون في حالات إسقاط الجنسية ، فأضاف - بقصد حماية أمن الدولة وسلامتها- جواز إسقاط الجنسية المصرية عن كل مصري غادر الأراضي المصرية بنية عدم العودة إذا تجاوزت غيبته في الخارج ستة أشهر .

وعلى إثر الوحدة بين مصر وسوريا في ٢٢ فبراير ١٩٥٨م فقدت كل منهما ما كان لها من شخصية من الناحية الدولية وأصبح لزاماً على المشرع إصدار التنظيم بالقانون رقم ٨٢ في ٣ يوليو سنة ١٩٥٨م من رئيس الجمهورية العربية المتحدة بشأن الجنسية في الدولة الجديدة . وتنص المادة الثانية من الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٥٨م على أنه : « يتمتع بجنسية الدولة العربية المتحدة كل من يحمل الجنسية السورية أو المصرية أو يستحق أية منهما بموجب القوانين والأحكام السارية في سورية ومصر عند العمل بهذا الدستور ».

وبانتهاء الوحدة بين مصر وسوريا في ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٦١م أصبح من المتعين إلغاء تشريع جنسية الجمهورية العربية المتحدة أسوة بما فعلته سوريا التي بادرت بإصدار تشريع جديد للجنسية بها في ٣١ أكتوبر ١٩٦١م بالمرسوم رقم ٦٧ . وبقيت مصر تحمل اسم الجمهورية العربية المتحدة حتى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١م وهو تاريخ إعلان جمهورية مصر العربية في الدستور الجديد الذي نص في مادته السادسة من الباب الأول على أن : « الجنسية المصرية ينظمها القانون » . كما ظل العمل بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨م قائماً حتى سنة ١٩٧٥م مثيراً بذلك عدة إشكالات كثيرة إلا أن القضاء قصر تطبيقه على المصريين دون السوريين اعتباراً من تاريخ الانفصال .

وفي ٢١ مايو سنة ١٩٧٥م صدر القانون رقم ٢٦ بشأن تنظيم الجنسية المصرية تنفيذاً لما قد نص عليه الدستور الجديد الصادر في ١١/٩/١٩٧٥م . وقد جاء قانون تنظيم الجنسية في القانون الجديد معالجاً لأكثر المشاكل التي مرت بها تشريعات الجنسية في مصر ، ومراعياً للحد الأدنى لحقوق الإنسان المصري في ظل طبيعة الأوضاع الاقتصادية والسكانية العسيرة . وقد أخذ القانون كسابقه بنظام الجنسية الأصلية التي تلحق صاحبها لحظة الميلاد ، ونظام الجنسية الطارئة أو المكتسبة التي تلحق صاحبها في تاريخ لاحق على الميلاد .

(أ) طرق اكتساب الجنسية المصرية الأصلية أساساً

تعتمد طرق اكتساب الجنسية المصرية الأصلية في القانون المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م - أساساً - على حق الدم لكل من ولد لأب مصري بصفة مطلقة ، أو أم مصرية إذا كان الأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له ، أو لم تثبت نسبة الولد إلى أبيه قانوناً - غير أنها في الوقت ذاته تستند بصفة ثانوية إلى حق الإقليم إما لتدعيم حق الدم - في الحالات التي قدر فيها عدم كفايته في نقل الجنسية للابن - وإما لتلافي ظاهرة انعدام الجنسية في الحالات التي يكون فيها حق الدم عديم الجدوى في ثبوت الجنسية للابن . وبذلك تكون الجنسية المصرية الأصلية في التشريع الجديد تقوم على ثلاثة أصول .

الأصل الأول : الميلاد لأب وطني ، ولو في خارج الوطن (حق الدم المطلق) .

تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون تنظيم الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م على أنه : « يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية . . من ولد لأب متمتع بهذه الجنسية» . وحيث إن مصر مرت بتبعيةها للدولة العثمانية منذ صدور قانون الجنسية العثماني في ١٩/١/١٨٦٩م حتى الحرب العالمية الأولى ، كما مرت بتبعيةها للوحدة مع سوريا في الفترة من ٢٢/٢/١٩٥٨ : ٢٨/٩/١٩٦١م ، فقد ثار التساؤل عن كيفية تحديد من هو الأب المصري في ظل هاتين التبعيتين ؟ وجاء البيان شافياً في المادة الأولى من القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٥م ، وذلك بتقسيم المصريين إلى ثلاث فئات .

الفئة الأولى : المتوطنون في مصر قبل ١١/٥/١٩١٤م (تاريخ انفصال مصر عن الدولة العثمانية) ، واستمرت إقامتهم في مصر حتى تاريخ العمل بقانون الجنسية الجديد سنة ١٩٧٥م . وتعتبر إقامة الأصول مكملة لإقامة الفروع ، وإقامة الزوج مكملة لإقامة الزوجية . ويستثنى من تلك الفئة الأشخاص المنتمين إلى جنسيات أجنبية ولم يسمح له بالإفادة من هذا التوطن الطويل .

الفئة الثانية : الحاصلون على الجنسية المصرية حتى إعلان الوحدة مع سوريا في ٢٢/٢/١٩٥٨م وقيام الجمهورية العربية المتحدة .

الفئة الثالثة : المكتسبون لجنسية الوحدة (الجمهورية العربية المتحدة) لأسباب مرتبطة بالإقليم المصري كالإقامة في مصر أو الميلاد بها أو أداء خدمات جليلة لها ، أو كانوا مصريين قبل الوحدة .

الأصل الثاني : الميلاد لأم وطنية في الوطن المصري (حق الدم المقيد) .
تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٥م ، على أنه :
« يكون مصرياً من ولد في مصر من أم مصرية ومن أب مجهول الجنسية أو لا جنسية له » ، كما تنص الفقرة الثالثة من المادة نفسها على أنه : « يكون مصرياً . . من ولد في مصر من أم مصرية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً » . وهذا النص جاء يعالج الجنسية لأبناء المصريين المحرومين من الجنسية تبعاً لأبائهم بسبب جهالتهم أو جهالة جنسيتهم أو عدماها بشرط أن تكون الولادة في مصر ؛ لعدم تشجيع ظاهرة الأولاد غير الشرعيين . ويرى كثير من الباحثين : أن هذا الشرط شرط تعسفي لا وجه له ، يعود بالضرر على المولود الذي لا ذنب له ، وكان على القانون أن يجعل الجنسية بالنسبة إلى الأم المصرية كالأب المصري دون التقييد بحق الإقليم بشأن ولادة الأم .

الأصل الثالث : الميلاد بالإقليم المصري (حق الإقليم المطلق).
تنص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٥م على أنه :
يكون مصرياً : « من ولد في مصر من أبوين مجهولين » ، وجاء هذا النص لعلاج ظاهرة انعدام الجنسية عند عدم معرفة الوالدين .

(ب) طرق اكتساب الجنسية المصرية الطارئة (المكتسبة)

اتخذ قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م من طرق اكتساب الجنسية الطارئة سبيلاً لعلاج ظاهرة انعدام الجنسية في بعض الأحوال المتفلته من الجنسية الأصلية ، فضلاً عن تكريم الأشخاص الذين قدموا لمصر خدمات جليلة ، ووضع لذلك الضوابط التي رآها كفيلة بتحقيق المقصود . ومن أهم تلك الطرق الطارئة :

(١) التجنس بناء على موافقة رئيس الدولة أو وزير الداخلية في أحوال (المادة ٤ ، ٥ من القانون المذكور).

(٢) الزوجة الأجنبية من مصري إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في ذلك ولم تنته الزوجية قبل انقضاء سنتين من تاريخ الإعلان لغير وفاة الزوج (المادة ٧ من القانون المذكور) .

(٣) ابن المرأة المصرية إذا ولد في الخارج لأب مجهول النسب أو الجنسية إذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد بعد جعل إقامته العادية في مصر ودون اعتراض وزير الداخلية (المادة ٣ من القانون المذكور).

(٤) الأجنبي المولود في مصر وكانت إقامته العادية فيها عند بلوغه سن الرشد متى طلب الجنسية المصرية خلال سنة من بلوغه سن الرشد وفق شروط خاصة . (المادة ٤ من القانون المذكور).

فقد الجنسية المصرية :

أخذ تشريع الجنسية المصري بأسلوبه بفقد الجنسية ، وهما : الفقد بالتغيير ، ويكون بالدخول في جنسية أجنبية . والفقد بالتجريد ، ويكون بقيام الدولة بنزع الجنسية عن الفرد .

وقد بنى تشريع الجنسية المصري فقد الجنسية بصفة أساسية على إرادة الفرد واختياره في الدخول في جنسية أجنبية وفق شروط معينة أو تزوج المرأة المصرية من أجنبي وفق شروط خاصة . وبصفة استثنائية أجاز قانون الجنسية المصري نزع الجنسية لحماية مصالح الدولة العليا وصيانة الجماعة الوطنية من العناصر التي

تشكل خطراً حقيقياً عليها بقرار مسبب من مجلس الوزراء (المواد ١٥ : ١٧ من القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٥م)^(١).

رابعاً : اكتساب الجنسية الكويتية وفقدانها :

إن دراسة طرق اكتساب الجنسية الكويتية وفقدانها ضروري للوقوف على ما تمر به الكويت من مشكلة «البدون أو غير محددى الجنسية» مما جعلها الدولة الآكد في احتياجها للاحتكام إلى البصمة الوراثية لحل نزاعات «البدون». فقد شهدت الكويت في مرحلة ما بعد ظهور النفط وتسويقه تجارياً نزوح أفواج كبيرة من الشباب العربي والمسلم الباحث عن فرص العمل التي لم تستطع قوة العمل المحلية أن تجاريها بالكامل ، فصدر قانون الجنسية الكويتي لأول مرة^(٢) . بالمرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩م ، متفقاً مع القواعد المعمول بها دولياً بشأن الجنسية . وبعد أن تكشف من التطبيق العملي ما يقتضي بعض التعديلات صدرت عدة مراسيم أميرية للتوسيع ثم للتضييق من طرق اكتساب الجنسية الكويتية ، وقد قسم الكويتيين إلى مجموعتين ، هما الكويتيون بصفة أصلية بالتأسيس ، والكويتيون بصفة أصلية بالميلاد (بحق الدم أو بحق الإقليم) .

أما أصحاب جنسية التأسيس فهم «المتوطنون في الكويت قبل سنة ١٩٢٠م . وتعتبر إقامة الأصول مكتملة لإقامة الفروع ، ويعتبر الشخص محافظاً على إقامته العادية في الكويت حتى ولو أقام في بلد أجنبي ، متى كان قد استبقى نية العودة إلى الكويت».

وأما الجنسية الأصلية بحق الدم من جهة الأب ، فقد جاءت المادة الثانية من قانون الجنسية مباشرة في نصها : «يكون كويتياً كل من ولد في الكويت أو في الخارج لأب كويتي» .

وفي ١٧/٧/١٩٩٤م صدر في الجريدة الرسمية القانون رقم ٤٤ بإضافة فقرة جديدة إلى المادة السابعة من قانون الجنسية فقرة رقم ٣ تنص : «أما أولاد المتجنس

(١) الوسيط في الجنسية للدكتور فؤاد عبد المنعم رياض - مرجع سابق - ص ١٢١ وما بعدها - وكل ما هو مكتوب في الجنسية المصرية عبارة عن قطوف من الكتاب المذكور ، مع تصرف الباحث .
(٢) وذلك على اعتبار أن قانون الجنسية الصادر سنة ١٩٤٨م لم يعمل به .

الذين يولدون بعد كسبه الجنسية الكويتية فيعتبرون كويتيين بصفة أصلية ، ويسري هذا الحكم على المولودين منهم قبل العمل بهذا القانون».

هذا من جهة الأب ، أما الجنسية الأصلية بحق الدم من جهة الأم فتبين الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الجنسية سنة ١٩٥٩م أصحابها بأنهم كل « من ولد في الكويت أو في الخارج من أم كويتية ، وكان مجهول الأب ، أو لم تثبت نسبته لأبيه قانوناً ، أو كان أبوه مجهول الجنسية أو لا جنسية له ».

وأما الجنسية الأصلية بحق الإقليم فلم يتوسع القانون الكويتي في الأخذ بها مراعاة للتركيبة السكانية بالكويت ، وحصر مبدأ حق الإقليم في حالة اللقطاء والمولودين لآباء مجهولين فقط ، فتنص المادة الثالثة من قانون الجنسية سنة ١٩٥٩م على أن : « يكون كويتياً من ولد في الكويت لأبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت العكس »، ثم تعدلت هذه المادة بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٧م التي نصت على أن : « يكتسب الجنسية الكويتية كل من ولد في الكويت لأبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت العكس » .

وأما الجنسية الكويتية اللاحقة فتثبت للفرد سواء بقوة القانون أو عن طريق منحه من السلطات المحلية في وقت لاحق على الميلاد وليس بسببه .

وهناك جنسية استثنائية نظمها المادة الخامسة من قانون الجنسية ١٩٥٩م ، والتي طرأ عليها عدة تعديلات آخرها كان سنة ١٩٨٢م ، وتنص على أنه : « استثناءً من أحكام المادة السابعة ، يجوز منح الجنسية الكويتية بمرسوم بناء على عرض وزير الداخلية لمن يأتي :

أولاً : من أدى للبلاد خدمات جليلة .

ثانياً : المولود من أم كويتية المحافظ على الإقامة فيها حتى بلوغه سن الرشد إذا كان أبوه الأجنبي قد طلق أمه طلاقاً بائناً أو توفّي عنها ، ويجوز بقرار من وزير الداخلية معاملة القُصّر ممن تتوافر فيهم هذه الشروط معاملة الكويتيين لحين بلوغهم سن الرشد .

ثالثاً : العربي المنتمي إلى بلد عربي إذا كان قد أقام في الكويت قبل سنة ١٩٤٥م وحافظ على الإقامة فيها حتى صدور المرسوم بمنحه الجنسية .

رابعاً : غير العربي إذا كان قد أقام بالكويت قبل سنة ١٩٣٠م ، وحافظ على الإقامة فيها حتى صدور المرسوم بمنحه الجنسية ، وتعتبر إقامة الأصول مكتملة لإقامة الفروع في حكم البندين ثالثاً ورابعاً من هذه المادة بشرط أن يكون الفرع مولوداً في الكويت ومقيماً بها . ويكون إثبات الإقامة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من هذا القانون ، على أن يصدر قانون بتحديد العدد الذي يجوز منحه الجنسية كل سنة بالتطبيق لأحكام هذين البندين .

ويشترط للحصول على الجنسية طبقاً لأحكام هذه المادة أن تتوافر في طالب الجنسية الشروط المنصوص عليها في البنود ٢ ، ٣ ، ٥ من المادة السابقة^(١) .

وأما فقد الجنسية الكويتية فقد نصت عليها المادة ١٣ من قانون الجنسية ، وفي آخر تعديل لها سنة ١٩٨٧م ، تنص على أنه : «يجوز بمرسوم بناء على عرض وزير الداخلية سحب الجنسية الكويتية من الكويتي الذي كسب الجنسية الكويتية بالتطبيق لأحكام المواد ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٧ ، ٨ من هذا القانون وذلك في الحالات الآتية :

- ١- إذا كان قد منح الجنسية الكويتية بطريق الغش أو بناء على أقوال كاذبة ، ويجوز في هذه الحالة سحب الجنسية الكويتية ممن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية .
- ٢- إذا حكم عليه خلال خمس عشرة سنة من منحه الجنسية الكويتية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة .

- ٣- إذا عُزل من وظيفته الحكومية تأديبياً ، لأسباب تتصل بالشرف أو الأمانة خلال عشر سنوات من منحه الجنسية الكويتية .

- ٤- إذا استدعت مصلحة الدولة العليا أو أمنها الخارجي ذلك ، ويجوز في هذه الحالة سحب الجنسية الكويتية ممن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية .

- ٥- إذا توافرت الدلائل لدى الجهات المختصة على قيامه بالترويج لمبادئ من شأنها تقويض النظام الاقتصادي أو الاجتماعي في البلاد ، أو على انتمائه إلى هيئة سياسية أجنبية ، ويجوز في هذه الحالة سحب الجنسية الكويتية ممن يكون قد كسبها معه بطريق التبعية .

(١) الجنسية الكويتية - دراسة لنظرية العامة للجنسية - المرجع السابق ص ٧٠ ، ٧١ ، ٧٧ ، ٨٧ ، ٨٢ ، ٨٧ ، ٩٧ ، ١١٠ - وكل ما هو مكتوب في هذا الشأن عبارة عن قطوف من الكتاب المذكور مع تصرف الباحث .

خامساً : البدون أو غير محددى الجنسية في القانون الكويتي :
يمكن القول بأن مشكلة «البدون أو غير محددى الجنسية»^(١) مشكلة كويتية
الخصائص والمميزات . فمن ناحية : لا يطلق مصطلح «البدون أو غير محددى
الجنسية» على كل شخص لا يحمل أي جنسية في الكويت - أي لا يطلق
المصطلح على كل عديمي الجنسية - وإنما على فئة خاصة فقط .
ومن ناحية أخرى : ليس كل من يطلق عليه مصطلح «البدون أو غير محددى
الجنسية» هو في الواقع عديم الجنسية .

ونشأت مشكلة «البدون» منذ أن صدر قانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب سنة
١٩٥٩م وبدئى بتطبيقها في بداية الستينيات ، وقد ساعدت مجموعة من العوامل
القانونية والاجتماعية والسياسية على تفاقم المشكلة ووجودها إلى الوقت
الحاضر^(٢) .

لقد تساهلت الحكومة مع أفراد هذه الفئة منذ البداية ، ومنحتهم الكثير من
الامتيازات، بما في ذلك استثناءهم من شروط الإقامة المقررة بقانون إقامة الأجانب،
وأصبحت هذه الفئة تشكل ظاهرة مميزة في الكويت أطلق على أفرادها «البدون»
أو «بدون جنسية» وهو مصطلح عامي لا قانوني ، ولكنه شائع الاستعمال .
وقد أثارَت مشكلة «البدون» قلق السلطة في الكويت ، وذلك لاضطرارها لأن
ترتب لهم أوضاعاً قانونية خاصة تستلزمها ضرورة احترام حقوق الإنسان ،
خصوصاً في ظل التوجه العالمي الحديث لاحترام حقوق الإنسان ، ولذلك تبنت
مصطلح «غير محددى الجنسية» ليضع احتمالاً بأن الشخص المقصود ليس عديم

(١) في نهاية عام ١٩٩٣م استبدل في المعاملات الرسمية اصطلاح «غير محددى الجنسية» أو «غير
المقيمين قانوناً» بالاصطلاح الذي شاع على تلك الفئة وهو «البدون». جريدة الوطن العدد
٣١٩٧/٨٧٥١ السنة ٣٩ في ٢٦/٦/٢٠٠٠م .

(٢) في تحقيق صحفي لجريدة الوطن ورد من هذه الأسباب طبقاً لدراسة صادرة عن مجلس الأمة
الكويتي : الامتيازات المادية التي شجعت كثيراً من الوافدين على إخفاء هوياتهم ، والالتحاق في
سلكي الشرطة والقوات المسلحة . هذا إلى جانب عوامل الهجرة وثغرات قانون الإقامة الذي كان
معمولاً به في أواخر الخمسينيات حيث كان يستثنى أفراد العشائر من الحصول على تراخيص
الإقامة ، بالإضافة إلى ذلك عدم وجود حصر لأعداد الكويتيين أو السكان في الكويت قبل تطبيق
قانون الجنسية الصادر في ١٩٥٩م ، أو رفض بعض الكويتيين للجنسية الثانية لاعتقادهم
بأحقيتهم في الجنسية الأولى - جريدة الوطن العدد ٣١٩٧/٨٧٥١ السنة ٣٩ في ٢٦/٦/٢٠٠٠م .

الجنسية ، وإنما لم تحدد جنسيته بعد فربما ينتمي إلى جنسية دولة أخرى ما زال تحديدها غير معروف . وإلى أن يتم ذلك فهو « غير محدد الجنسية» .

وإذا نظرنا إلى هذه المشكلة باعتبار ارتباطها بقانون الجنسية فإنه يمكن القول بأن قانون الجنسية الكويتية سنة ١٩٥٩م وتعديلاته - دون الحاجة إلى تعديل خاص - يحتوي من النصوص ما يكفل بحل المشكلة ، فالمادة الثالثة قررت قبل تعديلها سنة ١٩٨٠م حقاً بالجنسية لبعض الفئات ، وتطبيقها على هذه الحالات كفيل بالتقليل من أعداد «البدون» . ونص المادة الرابعة وهو المتعلق بالتجنس الاعتيادي يسمح بتجنيس المقيمين في الكويت إقامة شرعية لمدة ١٥ سنة للعربي وهو ما يتحقق « للبدون أو غير محدد الجنسية» ، ونص المادة الخامسة - التجنس الاستثنائي - يسمح كذلك في الفقرة الأولى بمنح الجنسية الكويتية لمن أدى خدمات جليلة للكويت بما في ذلك رجال الجيش والشرطة ، وهؤلاء يشكلون نسبة كبيرة جداً من «البدون أو غير محدد الجنسية» .

ولكن المادة الثالثة لم تطبق إلى أن ألغيت سنة ١٩٨٠م والمادتان ٤ ، ٥ لا تلزمان السلطة التنفيذية بمنح الجنسية لكل من تنطبقان عليه ، وإنما تركتا الأمر لتقدير الحكومة بناء على المصلحة العامة ، ولم تتوسع الحكومة في منحها للجنسية الكويتية استناداً إلى أمور سياسية واجتماعية تقدرها الحكومة . والفقرة الثالثة من المادة الخامسة ألغيت سنة ١٩٨٠ « بسبب الأضرار التي خلفتها الفقرة» طبقاً لما جاء بالمذكرة التفسيرية للمرسوم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠م دون تحديد لطبيعة هذه الأضرار ، خصوصاً وأن منح الجنسية خاضع للسلطة التقديرية المطلقة للدولة .

ولذلك يمكن القول : إن مشكلة «البدون أو غير محدد الجنسية» ليست مشكلة «جنسية» ولا هي مشكلة «قانونية» ، وإنما هي في الواقع مشكلة «اجتماعية سياسية»^(١) .

(١) كل ما ذكر في هذا الموضوع عبارة عن فقرات من كتاب الجنسية الكويتية - المرجع السابق ص ١٦٦ - ١٧٠ إلا ما ترد الإشارة إليه منقولاً من جريدة الوطن الكويتية من خلال متابعتي الشخصية لأحدث ما صدر من قوانين بشأن البدون .

● ويرى بعض المهتمين بالقضايا الكويتية - بعد انقشاع أزمة اجتياح النظام العراقي البائد للكويت - أن من أهم أسباب الأزمة السوداء التي عصفت بالكويتين - على حد تعبيره - التركيبة السكانية بالكويت ، حيث وصفها بالشذوذ والتناقض وعدم الانسجام إلى أبعد الحدود ، على أساس أن الوافدين أكثر من المواطنين ، وأن هذا الوضع لا يوجد في العالم كله إلا في الكويت التي تجمع ١٢٢ جنسية .

وناشد هذا البعض المسؤولين عدم تجنيس أي فئة إطلاقاً ، ومهما تكن الأسباب ، وذلك من أجل القضاء على فئة «البدون» بالضغط على هذه الفئة اجتماعياً وصحياً وفرض ضرائب وإنهاء خدماتهم في الدولة ، حتى يثبتوا هويتهم ، ولا يتمتعوا بأي خدمة من خدمات الدولة ، ولا يسمح لهم بممارسة الأعمال الحرة إطلاقاً ، ويسن قانون من أجل معاقبة المخالفين منهم^(١) .

● وأرى أن هذه الرؤية الانفعالية تزيد من الفجوة بين هذه الفئة المستوطنة وبين المواطنين ، والأمر يحتاج لمزيد من الحكمة لاستغلال التركيبة السكانية المتباينة في صالح الوطن الذي يرتزقون منه ، فربما كان هذا التباين هو الخير لا الشر ، خاصة وأنه لا يأتي إلى هذا البلد من غير أهلها إلا الكفاءات العلمية والفكرية والفنية من ذوي الصحة والعافية .

● هذا ، وقد نجحت السلطات الكويتية^(٢) ، التنفيذية والتشريعية ، في اجتياز خطوة مهمة على طريق إنهاء قضية غير محددية الجنسية «البدون» ، وذلك عندما عرض على مجلس الأمة الكويتي مشروع القانون المحال بالمرسوم (١١٤) لسنة

(١) مجموعة التركيبة السكانية وأهدافها للأستاذ/ سليمان العبد العالي عضو لجنة الدراسات والبحوث المنبثقة عن الرابطة الكويتية للعمل الشعبي بالقاهرة ، وأمين مجموعة التركيبة السكانية ، وهي محاضرة مطبوعة ضمن مجموعة أخرى في كتاب «آراء وتوجهات في القضايا الكويتية بعد الأزمة» إشراف الدكتورة سهام الفريح - مركز الدراسات والبحوث - لندن ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ص ١١٨ ، ١٣٨ .

(٢) انظر هذا الإنجاز في جريدة الوطن العدد ٣١٤٥/٨٦٩٩ السنة ٣٩ في ٢٠٠٠/٥/٥م ، والعدد ٣١٥٨/٨٧١٢ السنة ٣٩ في ٢٠٠٠/٥/١٨م .

٢٠٠٠م بتعديل بعض أحكام المادة الخامسة من قانون الجنسية الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩م، في جلسة الاثنين ١٥/٥/٢٠٠٠م. وقد تصدى أعضاء مجلس الأمة لهذه المشكلة في عدة جلسات، واتسمت مناقشاتهم بالوضوح والصراحة، حتى قال بعضهم: «هناك من البدون من ضحى بماله ونفسه وعرضه وأخلص أكثر ممن يخشون من تأثير النسيج الاجتماعي». وقال بعضهم: «البدون ليسوا ملائكة معصومين من الخطأ ولكن لا يجوز أخذ بعضهم بجريرة غيره». . . ، وانتهت المناقشات في الجلسة التاريخية التي انعقدت يوم الأربعاء ١٧/٥/٢٠٠٠م إلى إقرار المشروع، وتحديد عدد الذين يجوز تجنيسهم خلال العام الحالي حتى ٢٠٠٠/١٢/٣١م بما لا يزيد عن ألفي شخص، وفقاً لحكم البند الثالث من المادة الخامسة بعد تعديلها.

ولما كانت المادة الخامسة من قانون الجنسية الكويتي تنص على جواز منح الجنسية الكويتية بمرسوم يصدر بناء على عرض وزير الداخلية لمن تتوافر فيه الشروط التي نصت عليها، وعلى أن يحدد بقانون العدد الذي يجوز منحه الجنسية الكويتية كل سنة بالتطبيق لأحكام هذه المادة، فقد انتهى المجلس إلى إقرار العدد لهذا العام بما لا يزيد عن ألفين.

ولا شك أن منح ألفين للجنسية من مستحقيها يعني إسقاط أضعاف هذا العدد من قائمة أسماء غير محددتي الجنسية، حيث يتبع هؤلاء زوجاتهم وأبنائهم القصر. كما أن الأصل في القانون هو تحديد العدد المراد منحهم الجنسية كل عام مما يثمر إنهاء تلك المشكلة في بضع سنين.

ومن جهة أخرى فقد قدم وزير الداخلية الشيخ محمد الخالد الصباح إحصائية وصلته يوم الجلسة ١٧/٥/٢٠٠٠م تفيد بأن إجمالي من أرسلت ملفاتهم لكشف «البصمة الوراثية» بلغوا [١٢٨٦] تمثل [١٢٧٣] قاصراً و [٧٧] زوجة ينتظر أن ترد نتائجهم حيث تم إرسال عيناتهم منذ ستة أشهر، وأشار إلى أن الأجهزة المعنية تلقت نتائج [٦٥٠] بالغاً و [٦٥٧] قاصراً و [٥١] زوجة ليكون المجموع بذلك

[٢٦٣٦] ، فيما يتم إعداد وبحث [١٦٣٢] ملفاً لإحالتها للبصمة الوراثية تمثل [٤٤٨٥] شخصاً من القصر والزوجات ، وكان الوزير قد أعلن الرقم [٣٦٧١٦] من حاملي إحصاء ١٩٦٥م ممن قد تتوافر فيه الشروط المطلوبة للجنسية . وشدد الوزير على ضرورة مسارعة المخالفين للقانون بتعديل أوضاعهم بما يسمح لهم بالإقامة والعمل في البلاد والاستفادة من المزايا العديدة التي سوف يتوقف منحها يوم الثلاثاء ٢٧/٦/٢٠٠٠م بما يترتب على ذلك من التعرض للجزاءات والعقوبات القانونية .

والجدير بالذكر « أن مشكلة البدون أخذت في التفاقم شيئاً فشيئاً إلى أن وصل عددهم ٢٢٠ ألف نسمة في يونيو ١٩٩٠م (قبل الغزو)، كما أفادت البيانات الإحصائية لهيئة المعلومات المدنية . إلا أن هذا العدد تناقص كثيراً بعد التحرير فإجمالي عدد الذين تم تسجيلهم في الهيئة العامة للمعلومات المدنية عام ١٩٩٢م بلغ (١١٧,٦٠٤) ويرجع هذا إلى مغادرة عدد غير قليل من البدون إلى بلدانهم الأصلية إبان فترة الغزو»^(١).

سادساً : علاقة الجنسية بالنسب وموقف البصمة الوراثية :

مما سبق يتضح أن الجنسية حق مطلق للدولة بما لها من سيادة واستقلال ، والأنظمة الدولية تتسع في اعتبار الجنسية بالولادة على الأرض ، أو بالدم ولو كانت الولادة في دولة أخرى ، أو بالإقامة والعيش الفعلي سنوات معينة ، أو بالمنح من إدارة الدولة لمن ترى منحهم الجنسية .

فلا علاقة إذن بين الجنسية وبين النسب إلا إذا ضيقنا فكرة الجنسية وقصرنا اكتسابها على رابطة الدم ، كما هو الغالب في قانون الجنسية المصري وقانون الجنسية الكويتي ، ونحوهما من الدول غير المستوردة للسكان .

(١) جريدة الوطن العدد ٣١٩٧/٨٧٥١ السنة ٣٩ في ٢٦/٦/٢٠٠٠م .

وهنا يثور التساؤل ، هل العبرة بالدم الشرعي الذي لا يثبت إلا برباط الزوجية الآن؟ أم بالدم مطلقاً ولو كان بعلاقة آثمة ؟

إن « البصمة الوراثية » التي ينادي البعض بالاحتكام إليها لإثبات النسب لحسم مشكلة « البدون » الكويتية ، ستكشف عن خفايا مستورة بستر الله ، وهذا الشعب الجريح في غنى عنها ، خاصة في هذه المرحلة ، وصدق الله حيث يقول : ﴿ يَتَأْتِيَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِن تُبَدَّ لَكُمْ فَسُئِلْتُمْ ﴾ (المائدة: ١٠١).

إن الأمر في نظري يحتاج إلى تصالح وتسامح لنحقق قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ (المائدة: ٢).

* * *

المطلب الثاني

النفي الشرعي للنسب وعلاقته بالبصمة الوراثية

تمهيد وتقسيم :

المقصود بالنفي الشرعي للنسب هو حكم الشريعة الإسلامية بنفي ما يسمى في عرف بعض الناس نسباً ؛ لأنه لا يتفق وقواعد الشريعة في تأسيس النسب . وهو أمر يتعلق بجماعة المسلمين ؛ لأن الحكم الشرعي التكليفي لا يتعلق إلا بالمكلفين من المسلمين .

أما غير المسلمين فدينهم هو ما يعتقدون ، ولهم الحق في نفي أو إثبات نسب أحد منهم ، ونحن ندعوه بما دعاه قومه به ، على سبيل المجازاة ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ﴾ (الكافرون:٦) ، ولذلك ورد في حديث سعد بن أبي وقاص الذي أخرجه مسلم ، أن النبي ﷺ قال : « من ادعى أباً في الإسلام غير أبيه يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»^(١) ، حيث قيد الحكم بأنه في الإسلام .

ولا يتوهم من هذا العنوان أن يكون المراد به نفي النسب الشرعي ، فإن هذا غير وارد في أصل الشريعة ؛ لأن الثابت شرعاً لا يزول إلا بيقين كما سبق بيانه في دعوى تصحيح النسب .

● هذا ، وقد درج كثير من الناس - اتباعاً لتقاليد موروثه من أيام الجاهلية - على تنسيب ولد التبني ممن يتبناه .

كما توارثوا أيضاً من تقاليد الجاهلية قيام الأب بالتبرؤ من ولده إذا سخط عليه ، وتبرؤ الولد من أبيه إذا أراد أن يتنكر له بالعقوق .

كما ألحق أكثر الفقهاء تنسيب ولد الزنى من صاحب الماء بخصال الجاهلية ، وأنه ليس من الإسلام .

فجاءت الشريعة الإسلامية بتصحيح تلك الأوضاع الشاذة (التبرؤ والتبني وتنسيب ابن الزنى من الزاني)، وجعلت الأصل أنه بثبوت النسب لا يزول إلا بيقين .

(١) صحيح مسلم ٨٠/١ رقم ٦٣ .

كما رفضت الشريعة الإسلامية للمسلمين أن يتعمدوا تنسيب ولد لغير أبيه الحقيقي (التبني) بغير خلاف ، أو أن يكرموا الزاني بشرف الأبوة في علاقته الآثمة عند جمهور الفقهاء^(١). كما رخصت الشريعة الإسلامية للزوج أن ينفي حمل زوجته وأن يكون منه إذا تيقن أو كان غالب ظنه ذلك ، كما لو كان مريضاً لا ينبغي أو مسافراً ولم يلتق بزوجته . ورسمت الشريعة الإسلامية طريق هذا النفي حتى لا يتوسع فيه ، وحصرته في نظام اللعان . وهناك نوع آخر من النفي الشرعي للنسب ، وهو خاص بالأطفال مجهولي الهوية « اللقطاء وأشباههم » حيث ترى الشريعة الإسلامية عدم تنسيبهم لأحد ، وهو نوع من النفي في وجهه ، وإن كان في الحقيقة ليس نفيًا ؛ لأن النفي لا يكون إلا لشيء كائن .

وعلى كل حال ، فإنني سوف أدرس تلك الحالات للنفي الشرعي للنسب وشبهه ، مع بيان علاقته بالبصمة الوراثية ، في أربعة فروع :

الفرع الأول : نسب الغير للغير قطعاً (التبني) وموقف البصمة الوراثية منه .

الفرع الثاني : نسب الغير للزوج في غالب الظن (اللعان والتصادق) وموقف البصمة الوراثية منه .

الفرع الثالث : نسب المتولد عن العلاقة الآثمة (ابن الزنى) وموقف البصمة الوراثية منه .

الفرع الرابع : نسب مجهول الهوية (اللقيط) وموقف البصمة الوراثية منه .

● وقبل الحديث عن تلك المسائل أود التنبيه بأن هؤلاء الأطفال جميعاً (المتبني ، والملاعن ، وابن الزنى ، واللقيط) لهم حق الرعاية والحفظ في الإسلام ؛ لأنه لا ذنب لهم . ويحرم قذفهم أو تعييرهم لقضاء النبي ﷺ فيهم ، فقد أخرج

(١) وادعى بعضهم الإجماع فيه . والباحث يتفق مع بعض أهل العلم من السلف والخلف بأن تنسيب ولد الزنى من الزاني ليس من خصال الجاهلية ، بل أقره الإسلام قياساً على تنسيبه من أمه ، ولأن تنسيبه من الزاني ليس شرفاً له بل هو عقوبة لإلزامه بالإفراق والتربية ، وأن عدم التنسيب من الزاني هو الرأفة به ، ولا يستحقها . وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل في الفرع الثالث من هذا المطلب .

أبو داود بإسناد حسن ، عن ابن عباس ، قال : « إن النبي ﷺ قضى في الملاعنة أن لا ترمى ، ولا يرمى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد »^(١) .
وقد ذكر ابن كثير في تفسيره ، عن عكرمة ، أن ولد الملاعنة في قصة هلال ابن أمية ، الذي نزلت بسببه آيات اللعان في سورة النور ، وقضى النبي ﷺ أن لا يدعى ولد الملاعنة لأب . قال عكرمة : فكان بعد ذلك أميراً على مصر^(٢) . مما يدل على اهتمام الإسلام بتربية الأطفال وعدم مؤاخذتهم بجريرة غيرهم .

الفرع الأول

نسب الغير للغير قطعاً (التبني)

وموقف البصمة الوراثية منه

تمهيد :

المقصود بنسب الغير للغير قطعاً هو تعمد تنسب الولد لغير أبيه ممن يدعيه ، وهو أمر كان معروفاً في الجاهلية وتتعامل به أنظمة علمانية في هذا العصر ، ويسمى بنظام التبني .

جاءت الشريعة الإسلامية بإبطال هذا النسب ونفيه ، وأمرت بالحقاق الولد بأبيه الحقيقي الذي تسبب فعلاً في وجوده في الإطار الشرعي .

(١) سنن أبي داود ٢٧٧/٢ رقم ٢٢٥٦ . ولم يضعفه أبو داود فهو عنده حسن ؛ لقول النووي : كل ما لم يضعفه أبو داود فهو عنده حسن - المجموع ٩٦/٥ ، وأشار ابن حجر إلى إعلاله في تلخيص الحبير ٢٢٧/٣ .

(٢) تفسير ابن كثير ٣/٣٥٦ ، وقول عكرمة هذا ضمن حديث طويل أخرجه الإمام أحمد وأبو داود عن ابن عباس - مسند الإمام أحمد ١/٢٣٨ رقم ٢١٣١ ، سنن أبي داود ٢٧٧/٢ رقم ٢٢٥٦ - وفي سبب نزول آيات اللعان قصة أخرى لعويمر بن عاصم بن عدي العجلاني الذي قال : يا رسول الله ، أهدنا إذا رأى مع امرأته رجلاً إن قتله قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكت سكت على غيظ ، اللهم احكم ، فأنزلت آيات اللعان - انفرد بإخراجه مسلم - تفسير ابن كثير ٣/٣٥٨ - والحديث سيأتي بنصه في حكم اللعان في الفرع الثاني - صحيح مسلم ٢/١٢٢٩ رقم ١٤٩٣ .

ولمزيد من البيان ، فإنني سوف أذكر تعريف التبني ، وألقي الضوء على تاريخه حتى أبطله الإسلام ، ثم أذكر حكمه الشرعي ، منتهياً إلى بيان موقف البصمة الوراثية من نظام التبني .

أولاً : تعريف التبني وتاريخه :

التبني هو اتخاذ الشخص ولد غيره ابناً له ، ويسمى بالدعي وهو المتبني . وأصل الكلمة : من البناء . تقول : بنى الشيء بناءً وبنياً ، أي أقام جداره ونحوه . وبنى بزوجته : دخل بها . وانبنى عليه كذا : ترتب عليه^(١) . وفي الاصطلاح الشرعي يطلق التبني على الادعاء ، ويسمى المتبني بالدعي ، أي الابن بالدعوى لا بالحقيقة^(٢) .

هذا ، وقد كان نظام التبني من عادات الجاهلية السائدة في كثير من القبائل ، وقد كان من المعتاد إذا أعجب الرجل بجلد أحد الغلمان ، أو ظرفه ، أن يتخذه ابناً له ويلحقه بنسبه ، ويتوارثان توارث النسب .

ولم يكن نظام التبني قاصراً على أولاد الغير معروف في الآباء ، بل كان يطبق أيضاً هذا النظام على الأولاد مجهولي الأصل .

وكان أكثر ما يكون نظام التبني على سبايا الحروب^(٣) ، حيث كان للجيش المنتصر أن يسبي الأطفال والنساء من الجيش المنهزم ، ولمن شاء من المنتصرين أن يلحق بنسبه واحداً من هؤلاء ، وتصير له حقوق البنوة .

(١) لسان العرب ، المعجم الوسيط ، مادة : بني .

(٢) انظر في هذا : تفسير ابن كثير ٦١٦/٣ .

(٣) السبي والسبأ هو الأسر . يقال : سبي العدو وغيره سبا وسبأ ، إذا أسره ، فهو سبي على وزن فعيل للذكر . والأنثى سبي وسبية ومسبية . والنسوة سبايا . وللغلام سبي ومسبي . لسان العرب - مادة : سبي . وفي اصطلاح الفقهاء : هم النساء والأطفال من غنائم الحرب . ويطلق الفقهاء لفظ الغنيمة على كل من الأسرى والسبي والأرضين والأموال . والأسرى هم الرجال المقاتلون من غير المسلمين إذا ظفر المسلمون بهم أحياء - بدائع الصنائع ١١٩/٧ ، الأحكام السلطانية للمواردي ص ١٣٢ ، مغني المحتاج ٢٢٧/٤ .

ومن هؤلاء زيد بن حارثة الكلبي ، الذي كان من أصل قبيلة عربية في الشام ، سبته خيل من تهامة وهو صغير ، وذلك في غارة أيام الجاهلية ، فاشتراه حكيم ابن حزام لعتمته خديجة بنت خويلد ﷺ فلما تزوجها رسول الله ﷺ ، وهبته له ، ثم جاء أبوه وعمه يرغبان في فدائه ، بعد أن عثروا عليه في مكة ، عند رسول الله ﷺ - قبل البعثة - فخيره الرسول ﷺ بين البقاء معه والذهاب مع أبيه وعمله ، فاختر الرق مع الرسول ﷺ ، فأعتقه وتبناه ، وقال : « يا معشر قريش اشهدوا أنه ابني يرثني وأرثه » فكان الناس يقولون عنه : زيد بن محمد ، وكان أول من آمن به من الموالي .

واستمر الأمر على ذلك إلى ما بعد الهجرة ، وكانت أحكام الإسلام تنزل تباعاً رفقا بالناس ، ثم أنزل الله حكمه بتنظيم علاقات الأبوة والبنوة على الأساس الطبيعي دون خلط ولا تشويه ، وقال جل شأنه : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۖ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ الَّتِي تَطْبَهُرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۗ ﴾ (٥٤:٥) أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا ءِآبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ۚ وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿ (الأحزاب: ٥، ٤).

وبذلك أبطل الله نظام التبني ، وأمر من تبني أحداً ألا ينسبه إلى نفسه ، وإنما ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف ، فإن جهل أبوه دعي (مولى أو أخوا في الدين) وهي علاقة أدبية لا تترتب عليها التزامات محددة كالنظام التوارثي وتحريم المحرمات . وبذلك منع الناس من تغيير الحقائق ، وصينت حقوق الورثة من الضياع أو الانتقاص ، وأطلق على زيد بعدها : زيد بن حارثة ، بعد أن كان زيد ابن محمد . ويعلل ذلك بأن التبني « قولكم بأفواهكم » وهذا القول لا يغير واقعاً ؛ لأن العلاقة المتوارثة بالدم تجعل الولد جزءاً من أبيه ^(١) .

(١) انظر في تاريخ التبني وقصة زيد بن حارثة في تفسير آية الأحزاب المذكورة عند القرطبي وابن كثير . وانظر في كتب التاريخ : بلوغ الإرب في معرفة أحوال العرب ٢٣/٣٠ ، الكامل لابن الأثير ١٥/٢ - وقد سبقت الإشارة عن هذا الموضوع في أسباب النسب الشرعي (مبدأ تحديد أسباب النسب) .

ثانياً : حكم التبني في الإسلام :

أجمع المسلمون على تحريم نظام التبني ، الذي كان معمولاً به في الجاهلية ، وأنه لا يغير من الحقيقة شيئاً ، فإذا وقع كان حكمه كأن لم يكن ، لا تترتب عليه أية آثار من الميراث وتحديد المحرمات وغير ذلك .

واستدل الفقهاء على تحريم هذا النظام بعد الإجماع من الكتاب والسنة والمعقول^(١) .

(١) أما دليل الكتاب فمنه قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ﴾ (الأحزاب: ٤) وقوله سبحانه : ﴿ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ (الأحزاب: ٥) .

ووجه الدلالة : أن الله تعالى نفى الدعي أن يكون ابناً ، فمن أثبتة فقد حاد الله تعالى ، كما أن الله تعالى أمر من تبنى أحداً أن يصحح نسبه ولا ينسبه لنفسه ، والأمر للوجوب ما لم يرد صارف ولا يوجد .

ويدل لتحريم التبني - أيضاً - من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴾ (الأحزاب: ٣٧) .

يقول ابن كثير : « كان رسول الله ﷺ زَوْجَ زيد بن حارثة بابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية ﷺ . فمكثت عنده قريباً من سنة أو فوقها ، ثم وقع بينهما ، فجاء زيد يشكوها إلى رسول الله ﷺ فجعل رسول الله ﷺ يقول : « أمسك عليك زوجك واتق الله » قال تعالى : ﴿ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ

(١) انظر في فقه المذاهب : أحكام الصغار ص ١٨٤ ، وطبعة أخرى على هامش جامع الفصول ٢٣٢/١ ، تكملة شرح فتح القدير ٢٨٠/٧ ، منح الجليل ١٣٠/٤ ، المدونة الكبرى ٣٤٧/٣ ، حاشية الدسوقي ٤١٥/٤ ، نهاية المحتاج ٣٩٤/٨ ، حاشية الشرواني ٣٧٥/١٠ ، منتهى الإرادات ١١٥/٣ ، المغني ٣٦٧/٦ .

أَنْ تَحْشَنَّهُ ﴿١﴾ ؛ لأن الله كان قد أعلن نبيه ﷺ أنها ستكون من أزواجه قبل أن يتزوجها ، ثم قال تعالى : ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا ﴾ . والوطر هو الحاجة والإرب ، أي لما فرغ منها وفارقها زوجها بالوحي دون ولي ولا عقد ولا مهر ولا شهود من البشر .

وقوله تعالى : ﴿ لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ﴾ أي أبحنا لك تزويجها ؛ وفعلنا ذلك لئلا يبقى حرج على المؤمنين في تزويج مطلقات الأدياء ، وذلك أن رسول الله ﷺ كان قبل النبوة قد تبنى زيد بن حارثة رضي الله عنه ، فكان يقول له : زيد بن محمد ، فلما قطع الله هذه النسبة بقوله : « ادعوهم لأبائهم » زاد ذلك بياناً وتأكيدهم بوقوع تزويج رسول الله ﷺ بزَيْنَب بنت جحش رضي الله عنها لما طلقها زيد بن حارثة ، ولهذا قال تعالى في آية المحرمات : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ (النساء: ٢٣) ليحترز من الابن الدعي ، فإن ذلك كان كثيراً فيهم ^(١) .

(٢) وأما دليل السنة : فأحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه ابن حبان والنسائي وأبو داود ، بإسناد حسن ، عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، ولم يدخلها الله الجنة ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » ^(٢) .

وما رواه البخاري عن سعد بن أبي وقاص ، أن النبي ﷺ قال : « من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام » ، وأخرجه مسلم بلفظ : « من ادعى آبا في الإسلام غير أبيه يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » ^(٣) .

(١) تفسير ابن كثير ٦٤٩/٣ - مع تصرف بالاختصار .

(٢) قال ابن حجر : أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه ابن حبان ، بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٢٠/٣ ، رقم ١٠٣٤ ، وانظر الحديث في : سنن أبي داود ٢٧٩/٢ رقم ٢٢٦٣ ، ولم يضعفه . ويقول النووي : كل ما لم يضعفه أبو داود فهو عنده حسن - المجموع ٩٦/٥ . وانظر الحديث أيضا في : صحيح ابن حبان ٤١٨/٩ رقم ٤١٠٨ ، سنن النسائي ١٧٩/٦ رقم ٣٤٨١ . وأعله ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٢٦/٣ .

(٣) صحيح البخاري ١٥٧٢/٤ رقم ٤٠٧١ ، صحيح مسلم ٨٠/١ رقم ٦٣ .

وأخرج أحمد والطبراني برجال ثقات ، وأبو داود من رواية حسين المعلم ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : قام رجل فقال ، لما فتحت مكة : إن فلاناً ابني . فقال النبي ﷺ : « لا دعوة في الإسلام ، ذهب أمر الجاهلية ، الولد للفراس وللعاهر الأثلب » . قيل : ما الأثلب؟ قال : « الحجر »^(١) .

وكل هذا واضح الدلالة في تحريم نسب الولد لغير أبيه .

(٣) وأما دليل المعقول : فهو أن نظام التبني يثير قلاقل ومشاكل اجتماعية عديدة بين الأقارب الحقيقيين وبين هذا الدعي الذي لا يرقى في ولائه إلى أقارب الدم ، وسيظل غريباً عنهم ؛ لأن الصفات الوراثية منقطعة بينه وبينهم . كما أن نظام التبني إما أنه قائم على الاستلطاف والهوى ، وإما أنه قائم على الكذب على النفس ، وكلاهما أمر منبوذ لما فيه من تضليل الحقائق . وأيضا فإن نظام التبني فيه قتل معنوي للأب الحقيقي ؛ خاصة إذا كان يرى ولده الذي جاء من صلبه منصرفاً عنه .

ثالثاً : التبني والبصمة الوراثية :

إن التبني نظام يقوم على تنسيب ابن الغير للمتبني ، فالمتبني يعلم يقيناً أن دعيه ليس منه ، فلنسا في حاجة إلى إثبات ذلك بالبصمة الوراثية . غير أن البصمة الوراثية جاءت بحقيقة علمية جديدة ألا وهي ارتباط الابن بوالديه الحقيقيين في أكثر من مليوني صفة وراثية ، الأمر الذي يجب أن يستوعبه المتبنون ، ليعلموا أنهم مهما أنفقوا من أموال على الأدياء فلن يشتروا ولاءهم ، ولن يكونوا في يوم من الأيام كالأبناء الحقيقيين . إن البصمة الحقيقية يخلق الله فيها أواصر الولاء والنصرة ، ولذلك حرم الإسلام التبني .

ومن أراد أن يصنع معروفاً في ولد غيره فليتخذهُ مولئى أو أخاً ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ (الأحزاب: ٥) .

(١) سنن أبي داود ٢٨٣/٢ حديث رقم ٢٢٧٤ ، مسند الإمام أحمد ١٧٩/٢ رقم ٦٦٨١ - قال الهيثمي : رواه الطبراني برجال ثقات - مجمع الزوائد ١٧٧/٦ ، نصب الراية ٢٣٦/٣ ، فتح الباري ٤٤/١٢ - وأصل الأثلب من ثلب الشيء ثلباً ، أي كسر حرفه . وثلب فلاناً : غابه وتقصه . وثلب الرجل : تلطخ بالعيوب ، فهو ثلب . والمثلبة : العيب . والجمع : مثالب - لسان العرب ، المعجم الوسيط - مادة : ثلب . وقوله « لا دعوة » بكسر الدال .

الفرع الثاني

نسبة الغير للزوج في غالب الظن (اللعان والتصادق)

وموقف البصمة الوراثية منه

تمهيد :

يثبت نسب الولد لأمه التي ولدته في كل حال ، رحمة من الله تعالى بالأطفال ، حيث تمثل لهم الأم في هذه السن كل شيء . أما الأب فحتى يحصل على هذا اللقب شرعاً فلا بد أن يحصل على سببه من النكاح أو شبهته عند أكثر أهل العلم . وإذا وجدت نسبة - ولو ضعيفة - لإثبات النسب الشرعي فإن الشرع لا يتأخر في اعتبارها وقبولها تشوقاً لإلحاق النسب بأب ، ولذلك اعتبر الإسلام دليل الإقرار والاستفاضة القائمة على التسامع في النسب ، كما أن الله تعالى رفع الإثم في الإلحاق الظني فقال : ﴿ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا ءِآبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (الأحزاب: ٥) فتسامح الله تعالى في الخطأ في الانتساب ، وما ذلك إلا لاعتبار الدليل الظني في ثبوته .

ومع هذا الأصل ، فقد أجاز الله تعالى للزوج وحده إذا خالجه الشك في حمل زوجته أو ولدها أنه ليس منه ، ثم بلغ الشك درجة اليقين أو الظن الغالب في أن هذا الحمل أو ذلك الولد من غيره ، أن يلاعن لنفي الولد ، ويعد هذا من النفي الشرعي للنسب ، وألحق به المالكية نظام التصادق .

وليس هذا الحق لأحد غير الزوج ؛ لما له من حق الدخول على زوجته في كل حال ، ولقربه من تصرفاتها وانطباعاتها . ولا يجوز له الملاعنة بمجرد الشك ما لم يبلغ غالب ظنه .

ولا يثبت هذا الحق للزوجة (بدعوى تساوي الحقوق بين الزوجين) ، وتدعي أن من حقها اتهام زوجها بالزنى عن طريق اللعان ؛ لأن الفرق واضح بين زنى الزوج بأجنبية وزنى الزوجة بأجنبي .

أما زنى الزوج فلا يستتبعه تحميل زوجته نسباً من غيرها ؛ لأن الأمومة بالولادة بخلاف زنى الزوجة من أجنبي فإنه يستتبع إلحاق من يأتي منه بالزوج غالباً . كما أن زنى الزوج بالأجنبية ليس فيه غيبن الزوجة ؛ لأنها لم تدفع المهر ولم تتحمل مسؤولية الإنفاق على زوجها وكسوته . بخلاف زنى الزوجة فإن فيه غيبناً بالزوج الذي دفع المهر وهو مسؤول عن النفقة والكسوة والسكنى . ولذلك تختص المرأة بزواج واحد أما الرجل فله أن يتزوج بأكثر من زوجة حتى أربع ، وذلك بضوابط شرعية تضمن إراحة الزوجات عن تراض منهن .

وهذا التفريق بين زنى الزوج وبين زنى الزوجة إنما هو بالنظر إلى حقوق العباد^(١)، وهي الحقوق التي تبنى عليها التشريعات بين الناس في الدنيا . وحيث إن تلك الحقوق الآدمية قد فرقت بين زنى الزوج وبين زنى الزوجة فقد كان الحق في اللعان للزوج دون الزوجة . ومراعاة لحق الدفاع عن النفس أجاز الإسلام للزوجة أن تدفع تهمة زوجها باللعان أيضاً ، وفي هذا من العدالة ما لا يوجد مثلها .

ولمزيد من البيان فإنني أذكر تعريف اللعان ، وسببه ، وحكمه الشرعي لنفي الولد وكيفيته في نفي الولد ، وشروط ثبوت نفي الولد به ، والعلاقة بين اللعان والتصادق ، وموقف البصمة الوراثية من إجراء اللعان لنفي الولد .

أولاً : تعريف اللعان وسببه :

اللعان في اللغة : مصدر لاعن . وفعله الثلاثي : لعن ، من اللعن بمعنى الطرد والإبعاد من الخير . وهو لعين وملعون .

(١) أما بالنظر لحق الله تعالى ، فالكل سواء ، الرجال والنساء ، يحرم على كل مكلف أن يقرب تلك الفاحشة التي تورث الفقر والذل ، وقد ورد النهي عنها للجميع في آيات كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَجِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ (الإسراء: ٣٢) ، وقال تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْتَنكِ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ ﴾ (المتحنة: ١٢) .

واللعان في اصطلاح الفقهاء: هو شهادات تجري بين الزوجين، مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة، إذا رماها بالزنى أو نفى عنه الولد^(١).

ومن هذا التعريف يتضح أن اللعان له سببان :

السبب الأول : رمي الزوجة بالزنى دون شهادة الرجال . السبب الثاني : نفي نسب ولد الزوجة من الزوج^(٢).

وهذا السبب الثاني من الزوج هو الذي يهمننا في دراسة هذه المسألة^(٣). وقد نص فقهاء الحنفية والشافعية على أنه لا وجه للعان إذا كان مع الزوج بينة على صحة قذفه .

قالوا : لأن الله تعالى شرط في اللعان عدم إقامة البينة من الزوج القاذف لزوجته في قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ (النور:٦). وعلى هذا ، لو اتهم رجل زوجته بالزنى ، وأتى بأربعة شهداء عدول على تهمته لا يثبت اللعان ، ويقام على المرأة حد الزنى ؛ لأن زنى الزوجة قد ظهر بشهادة الشهود فلا يحتاج إلى اللعان^(٤).

ويقول صاحب العدة : « لا يحتاج الزوج إلى اللعان إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ أمكن اجتماعهما ؛ لأن اللعان يمين ، واليمين جعلت لتحقيق أحد الجائزين أو نفي أحد المحتملين ، وما لا يجوز لا يحتاج إلى نفيه»^(٥).

ثانياً : حكم اللعان لنفي الولد :

اتفق الفقهاء على مشروعية لعان الزوج لنفي ولد زوجته عنه إذا تيقن أو كان غالب ظنه أنه ليس منه .

(١) هذا تعريف الحنفية والحنابلة - مجمع الأنهر ١/٤٥٥١ ، بدائع الصنائع ٣/٢٤١ ، شرح فتح القدير ٣/٢٤٨ ، كشاف القناع ٥/٣٩٠ - وتعريف المالكية والشافعية قريب من هذا - الشرح الصغير ٢/٦٥٧ ، مغني المحتاج ٣/٣٦٧ . وانظر المعنى اللغوي في لسان العرب مادة : لعن .

(٢) بداية المجتهد ٢/١١٦ .

(٣) سيأتي الحديث عن اللعان للرمي بالزنى في الأحكام الشرعية التي لم تمسها البصمة الوراثية .

(٤) حاشية ابن عابدين ٢/٣٦٩ ، مجمع الأنهر ١/٤٥٧ ، مغني المحتاج ٣/٣٨١ .

(٥) العدة ، شرح العمدة ص ٣٤٤ .

وهل هذا حق للزوج أم واجب عليه ؟

نص الشافعية على وجوبه إن علم أن الحمل أو الولد ليس منه ؛ لأنه لو سكت لكان بسكوته مستلحقاً لمن ليس منه ، وهو ممتنع^(١).

ويرى الحنفية والمالكية : أن هذا حق للزوج ، ولكنه إن نفى الولد عن نفسه وجب عليه اللعان ؛ لأنه أقوى من الاتهام بالزنى ، فإن لم يلاعن أقيم عليه حد القذف ولم ينف نسب الولد منه^(٢).

ويرى الحنابلة : أن هذا حق الزوج ، ولا يجب - حتى ولو نفى الولد عنه - إلا بطلب الزوجة ؛ لأن القذف حقها ، فإن لم تطلبه أو أبرأتها من حقها في القذف ففيه وجهان :

الأول : أن له الملاعنة لنفي الولد . الثاني : أن اللعان لا يشرع قياساً على ما لو قذفها فصدقتة^(٣).

- والدليل على مشروعية اللعان بعد الإجماع : الكتاب والسنة والمعقول .

(١) أما دليل الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩٠﴾ وَالْحَمِيسَةُ أَنْ لَعَنْتَ اللَّهَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٩١﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٩٢﴾ وَالْحَمِيسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ (النور: ٦-٩).

يقول ابن كثير : « هذه الآية الكريمة فيها فرج للأزواج ، وزيادة مخرج ، إذا قذف أحدهم زوجته ، وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل »^(٤).

(١) مغني المحتاج ٣/٢٨٢ ، نهاية المحتاج ٧/١٠٦ ، المهذب ٢/١١٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٣/٢٣٨ ، مجمع الأنهر ١/٤٥٦ ، بداية المجتهد ٢/٧ ، منح الجليل ٢/٣٥٧ .

(٣) الإنصاف ٩/٢٣٥ ، المغني ٧/٤٠٥ . وهو اختيار الصنعاني في سبل السلام ٣/١١١٢ .

(٤) تفسير ابن كثير ٣/٣٥٥ .

(٢) وأما دليل السنة : فأحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما ، قال : سألت فلان ، فقال : يا رسول الله ، أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة ، كيف يصنع؟ إن تكلم تكلم بأمر عظيم ، وإن سكت سكت على مثل ذلك . فلم يجبه ، فلما كان بعد ذلك أتاه ، فقال : إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به ، فأنزل الله الآيات في سورة النور ، فتلاهن عليه ووعظه ، وذكره ، وأخبره : « أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة » . قال : لا ، والذي بعثك بالحق إنه ما كذبت عليها ، ثم دعاها ، فوعظها كذلك . قالت : لا ، والذي بعثك بالحق إنه لكذب ، فبدأ بالرجل ، فشهد أربع شهادات بالله ، ثم ثنى بالمرأة ، ثم فرق بينهما^(١) .

(٣) وأما دليل المعقول : فيقول ابن رشد : من جهة المعنى أنه لما كان الفراش موجباً للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان . ولا خلاف في ذلك أعلمه^(٢) .

ثالثاً : كيفية اللعان في نفي الولد :

ذكرت آيات سورة النور صيغة الأيمان الخمس لكل من الزوج والزوجة ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد المحلوف عليه إذا كان اللعان بسبب نفي الولد ، وذلك على ثلاثة أقوال^(٣) :

القول الأول : أن المحلوف عليه هو نفي الولد . وهو قول الكرخي وبعض الحنفية .

(١) صحيح مسلم ١١٣٠/٢ رقم ١٤٩٣ . قال الصنعاني في شرح الحديث : وفلان هو عويمر العجلاني كما في أكثر الروايات . وجاء التصريح باسم عويمر العجلاني في رواية أخرى من حديث سهل بن سعد الساعدي ، وذلك في صحيح مسلم ١١٢٩/٢ رقم ١٤٩٢ .

(٢) بداية المجتهد ١١٥/٢ .

(٣) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ٤٥٦/١ ، تبين الحقائق ١٨/٣ ، بدائع الصنائع ٢٣٧/٣ ، بداية المجتهد ١١٧/٢ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٦٥/٢ ، الشرح الصغير ٦٦٥/٢ ، نهاية المحتاج ١٠٧/٧ ، مغني المحتاج ٣٧٤/٣ ، المهذب ١٢٥/٢ ، كشف القناع ٣٩١/٥ ، العدة ص ٤٤١ ، سبل السلام ١١١٧/٣ .

فيقول الزوج : أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي ولدك .
وتقول الزوجة : فيما رميتني به من نفي ولدي .
القول الثاني : أن المحلوف عليه هو الرمي بالزنى ونفي الولد . وهو قول
الطحاوي وبعض الحنفية ، وإليه ذهب الشافعية .
فيقول الزوج : أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنى وإن الولد
منه لا مني .

وتقول الزوجة : فيما رماني به من الزنى في نفي ولده .
القول الثالث : أن المحلوف عليه هو الرمي بالزنى خاصة ، وهو مذهب الحنابلة
والظاهرية .

فيقول الزوج : أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنى .
وتقول الزوجة : فيما رماني به من الزنى .
رابعاً : شروط ثبوت نفي الولد باللعان :

إذا تم اللعان بين الزوجين ، بالكيفية السابقة ، ترتب عليه انتفاء نسب الولد عن
الزوج وألحق بأمه ، وتكون هي رحمه وعصبته متى توافرت شروط صحة اللعان .
يقول الزيلعي : « وإنما يُنفَى الولد باللعان ؛ لأن المقصود بهذا اللعان نفي الولد
فيوفر عليه مقصوده »^(١) .

ويلاحظ أن نفي نسب الولد لا يتم إلا بتمام اللعان . ويرى الحنفية والحنابلة في
المشهور : أن اللعان لا يتم إلا بالأيمان من الزوج والأيمان من الزوجة . وقال
أبو حنيفة وأبو يوسف : إن الأيمان من الزوجين لا تكفي لنفي نسب الولد عن
الزوج ، بل لابد من صدور حكم القاضي بنفيه . وأما إذا امتعت الزوجة من
الأيمان وصدقت الزوج في ادعائه في نفي الولد فلا حد عليها ولا لعان وهو
ولدهما ؛ لأن النسب إنما يتقطع حكماً بتمام اللعان ولم يوجد لامتناعها ، والنسب
حق الولد فلا يصدقان في إبطاله^(٢) .

(١) تبين الحقائق ١٩/٣ .

(٢) مجمع الأنهر ١/٤٥٦ ، ٤٥٧ ، المغني والشرح الكبير ٩/٣٧٣ .

ويرى الجمهور : أن اللعان يتم بأيمان الزوج ونفي الولد من جهته فقط ، وعلى الزوجة اليمين لدرء الحد عنها ، فإذا نكلت أقيم عليها الحد^(١) .

وتدور شروط صحة اللعان في نفي الولد بين ثلاثة هي : الفورية ، وعدم الإقرار بالولد ، وتحقيق حياته . وللفقهاء في ذلك تفصيل نوجزة فيما يلي :

الشرط الأول : أن يكون نفي الولد فور العلم به :

هذا شرط اتجه إليه فقهاء المذاهب الأربعة ، فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة فسكت عن نفيه بعد علمه ، ثم أراد أن ينفيه باللعان فلا يجوز ، ويحد حد القذف .

غير أن الفقهاء اختلفوا في معنى الفورية وتحديد المدة التي يجوز فيها للزوج أن يلاعن لنفي الولد على ثلاثة أقوال :^(٢)

القول الأول : أنها تتقدر بمدة التهنة بالمولود ، ويحددها القاضي . وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة في ظاهر الرواية عنه .

وحجة هذا القول : أن نفي الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التفكير والتروي قبل الإقدام عليه ، فلا بد أن يمنح مدة يفكر فيها ويتروي ، وهذه المدة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ويجب تفويض ذلك للقاضي .

القول الثاني : أنها تتقدر بأكثر مدة النفاس ، وهي أربعون يوماً . وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية .

وحجة هذا القول : أن النفاس أثر الولادة ، فيأخذ حكمها ، فكما يكون للزوج أن ينفي الولد عند الولادة يكون له أيضاً أن ينفيه ما دام أثر الولادة قائماً .

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٤٦/٢ ، مغني المحتاج ٣/٣٨٠ ، المهذب ١/١٢٥ - وستأتي مسألة نكول أحد الزوجين عن اللعان في أدلة ثبوت الحدود ، بإذن الله .

(٢) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ١/٤٥٨ ، تبين الحقائق ٣/١٧ ، ١٨ ، حاشية ابن عابدين ٣/٣٧ ، بدائع الصنائع ٣/٢٤٦ ، الشرح الصغير ٣/١٨ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢/٤٦٣ ، بداية المجتهد ٢/١١٧ ، المدونة الكبرى ٦/١١٤ ، المهذب ٢/١٢٤ ، مغني المحتاج ٣/٣٨١ ، نهاية المحتاج ٧/١٠٥ ، المغني ٧/٤٢٥ ، العدة ص ٤٤٢ ، سبل السلام ٣/١١٢١ .

القول الثالث : أنها تتقدر بالعرف ، ويعذر الزوج في تأخير النفي لعذر ، كما لو بلغه الخبر ليلاً فأخر حتى يصبح ، أو كان محبوساً أو مريضاً أو خائفاً ضياع مال أو حق . فإذا لم يكن له أي عذر للتأخير لزم أن يكون النفي فور العلم . وإلى هذا ذهب الجمهور ، قال به الحنفية في رواية ، والمالكية والشافعية والحنابلة .

وحجة هذا القول : أن اللعان شرع لنفي ضرر محقق ، فكان على الفور كالرد بالعيب وخيار الشفعة ، ومرد ذلك إلى العرف ؛ لعدم وجود بيان نصي .

الشرط الثاني : عدم إقرار الزوج بالولد :

كما يشترط لصحة اللعان لنفي الولد ألا يكون الزوج قد أقر به صراحة أو ضمناً . ومثال الإقرار الصريح : أن يقول هذا الحمل أو هذا الولد مني ، ومثال الإقرار الضمني : أن يسير مع زوجته وهي حامل إلى الطبيب لمداواتها ، أو أن يقبل التهنتة بالمولود ؛ لأن العاقل لا يسكت عادة عند التهنتة بولد ليس منه^(١) .

وقد نص ابن عابدين الحنفي في باب الاستيلاء على أنه : « لو أقر السيد أن أمته حامل منه فجاءت به لستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه منه ، للتيقن بوجوده وقت الإقرار »^(٢) .

كما صرح المالكية بأن الزوج إذا وطئ زوجته بعد رؤيتها تزني ، أو بعد علمه بوضع الحمل يمتنع لعانه ، ويثبت نسب الولد له ، وبقيت زوجته^(٣) .

وقال الإمام مالك في المدونة : « لا يكون للرجل أن ينفي ولده إذا ولدته امرأته ، وهو مقيم معها ببلد يرى حملها إلا أن يكون غائباً عن الحمل ، فيقدم وقد ولدته ، فله أن ينفيه ، فإن أقام مقرأً به فليس له أن ينفيه بعد ذلك »^(٤) .

(١) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ١/٤٥٨ ، تبين الحقائق ٣/١٧ ، ١٨ ، حاشية ابن عابدين ٣/٣٧ ، بدائع الصنائع ٣/٢٤٦ ، الشرح الصغير ٣/١٨ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢/٤٦٣ ، بداية المجتهد ٢/١١٧ ، المدونة الكبرى ٦/١١٤ ، المهذب ٢/١٢٤ ، مغني المحتاج ٣/٣٨١ ، نهاية المحتاج ٧/١٠٥ ، المغني ٧/٤٢٥ ، العدة ص ٤٤٢ ، سبل السلام ٣/١١٢١ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/٣٧ .

(٣) حاشية الدسوقي ، المرجع السابق .

(٤) المدونة الكبرى ٦/١١٤ .

وقال الشيخ الشيرازي الشافعي : « إن هنأه رجل بالولد ، فقال : بارك الله لك في مولودك ، وجعله الله لك خلفاً مباركاً ، وأمّن على دعائه . أو قال : استجاب الله دعائك ؟ سقط حقه من النفي ؛ لأن ذلك يتضمن الإقرار به »^(١).

وقال صاحب العدة الحنبلي : « إن أقر بالولد أو وجد منه ما يدل على الإقرار به لم يكن له نفيه بعد ذلك ؛ لأنه أقر لولده بحق فلم يكن له جحده كما لو باننت منه »^(٢).

الشرط الثالث : تحقق حياة الولد :

ذهب الحنفية والمالكية في المشهور ورواية عند الحنابلة ، إلى أنه يشترط لإقامة اللعان بنفي الولد : أن يكون الولد حياً عند اللعان ، فلو ولدت المرأة ولداً ، ونفى الزوج نسبه منه ، ثم مات الولد قبل حصول اللعان أو بعده لكن قبل الحكم بقطع نسبه - عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، الذين اشترطوا لنفي النسب صدور حكم القاضي - لا ينتفى عنه ؛ لأن النسب يتقرر بالموت ، ولكل من الزوجين الحق في طلب اللعان لإسقاط حد القذف . وعلى هذا القول لا يجوز إقامة اللعان لنفي نسب الحمل لعدم الحكم عليه قبل الولادة .

وذهب الشافعية والمشهور عند الحنابلة وقول منسوب للإمام مالك ، إلى أنه لا يشترط تحقق حياة الولد عند اللعان من أجل نفيه ؛ لأن نسبه لا ينقطع بالموت ، بل يقال مات ولد فلان ، وهذا قبر فلان ، ويلزم الزوج تجهيزه وتكفينه . وعليه فيجوز له نفي نسبه وإسقاط مؤونته ، كما لو كان حياً . كما يجوز نفي الحمل باللعان ؛ لأن ترك النفي يتضمن الاستلحاق^(٣).

(١) المذهب ١٢٣/٢ .

(٢) العدة ص ٤٤٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٣/٢٤٠ ، ٢٤٦ ، حاشية ابن عابدين ٤١/٢ ، بداية المجتهد ١١٧/٢ ، الشرح الصغير ٣/١٩ ، المذهب ٢/١٢٢ ، نهاية المحتاج ٧/١٠٦ ، ١٤٦ ، المغني ٧/٤٢٣ ، العدة ٤٤١ .

خامساً : العلاقة بين اللعان وبين التصادق :

التصادق في اللغة : ضد التكاذب . يقال : تصادقاً في الحديث والمودة ، ضد تكاذباً . ومادة تفاعل لا تكون غالباً إلا بين اثنين مثل تخاصما وتصالحا وتحابا ، أي خاصم أو صالح أو أحب كل منهما الآخر^(١) .
والمقصود بالتصادق هنا اصطلاحاً : مصادقة المرأة لزوجها في نفي ولدها عنه ، بدون لعان .

والتصادق بهذا المعنى لا يعترف به الفقه الإسلامي ؛ لما فيه من ضياع حق الولد ومخالفة ما رسمه الشرع من طرق النفي الشرعي للنسب .

ويروى عن الإمام مالك - في قول غير مشهور عنه - أنه يجوز نفي نسب الولد بالتصادق ، حيث جاء في المدونة : « قلت : أ رأيت لو أن رجلاً قال لامرأته : هذا الولد الذي وكذته ليس مني : فقالت : صدقت ، ليس هو منك؟ قال : قال مالك والليث : لا يلزمه الولد إذا تصادق الزوجان أن الصبي ليس ابناً له ، ولا ينسب إليه . قلت : أفتحدّ الأم؟ قال مالك : نعم تحدّ . قلت : وينقطع نسب هذا الصبي بغير لعان من الزوجين؟ قال : نعم . كذلك قال ، وقاله مالك غير مرة فيما بلغني . قلت : فإن كانت تحته قبل أن تلد هذا الولد بعشرين سنة أو أدنى من ذلك مما يلحق به الحمل؟ قال : فهو عندي واحد . قال ابن القاسم : وسمعت الليث يقول مثله^(٢) .

غير أن هناك رواية أخرى عن سحنون عن مالك في المدونة تفيد أن النفي بالتصادق غير جائز ؛ لأن النفي لا يكون إلا باللعان ، حيث جاء بعد ذلك في المدونة : « قال سحنون : وقد قال أكثر الرواة عن مالك إنه لا ينفيه إلا باللعان ، ولا يخرج من الفرائض المعروف والعصبة والعشيرة إلا اللعان . وقد روى ما قاله ابن القاسم وأكثر الرواة يرون قول مالك أنه لا ينفي إلا باللعان . قال ابن القاسم : وقال مالك : لا يكون للرجل أن ينفي ولده إذا ولدته امرأته وهو مقيم معها ببلد يرى حملها إلا أن يكون غائباً عن الحمل ، فيقدم وقد ولدته ، فله أن ينفيه ، فإن أقام مقراً به فليس له أن ينفيه بعد ذلك^(٣) .

(١) لسان العرب - المعجم الوسيط - مادة : صدق . (٢) المدونة الكبرى ١١٣/٦ .

(٣) المدونة الكبرى ١١٤/٦ - وانظر أيضاً في الفقه المالكي : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير

سادساً : موقف البصمة الوراثية من إجراء اللعان لنفي الولد :

سبق أن ذكرت سببين للعان هما : نفي الولد من الزوجة ، وإثبات الزنى لها . واشترط الفقهاء لتحقق هذين السببين انعدام الدليل الشرعي لدى الزوج ، فإن كان الزوج يمتلك الدليل الشرعي فيما يدعي فلا وجه لإجراء اللعان ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ (النور: ٦) فاشترطت عدم وجود الدليل الشرعي .

وإذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فما وجه إجراء اللعان ؟ صحيح لا يزال الحق مع الزوجة في المطالبة باللعان لنفي الحد عنها ؛ لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة .

وبهذا يظهر أن أثر البصمة الوراثية ينحصر على أنه دليل مع الزوج أو ضده . فإن كان معه فلا وجه للعان إلا من أجل المرأة أن تدفع عنها حد الزنى . وإن كان ضده ، وتبين أن الولد منه وجب عليه القذف إلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه . أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنى وليس من أجل نفي الولد .

الفرع الثالث

نسب المتولد عن العلاقة الأثمة (ابن الزنى)

تمهيد وتقسيم :

سوف أتكلم في هذا الفرع - بإذن الله تعالى - عن تحرير محل النزاع وبيان سببه ، ومذاهب الفقهاء في تنسيب ابن الزنى ، وحكم سراية التحريم بالدم أو المصاهرة ، أو الرضاع ، وحكم العدة للمرأة الزانية ، وحكم زواج المرأة الزانية ، ورؤيتنا الفقهية في إلحاق ولد الزنى بالزاني ، وموقف البصمة الوراثية من تلك النسبة ، في سبعة أغصان :

الغصن الأول

مذاهب الفقهاء في تنسيب ابن الزنى

تحرير محل النزاع وسببه :

لا خلاف بين الفقهاء في اعتبار ماء الرجل سبباً وموجباً لتنسيب من يخلقه الله منه إليه إذا كان في إطار العلاقة الشرعية المرسومة للمعاشرة ، وهي النكاح والتسري وشبهتهما من كل ما لا حد فيه .

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في تبعية الولد لأمه التي ولدته من نكاح أو من سفاح ، لضرورة الأمومة لكل طفل مع ظاهر قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا هُمْ إِلَهُكُمُ اللَّيْلَى وَلَدْنَهُمْ ﴾ (المجادلة: ٢) .

غير أن الفقهاء اختلفوا في اعتبار ماء الرجل سبباً لتنسيب من يخلقه الله منه إليه إذا كان في علاقة أئمة تستوجب الحد .

وسبب الخلاف بين الفقهاء في ذلك يرجع إلى اختلافهم في اعتبار الماء الذي يخلق الله منه الولد هو وحده السبب في التنسيب ؛ لأنه الأمر الطبيعي . أم أن السبب هو الماء وعلاقة الزوجية أو التسري معاً ، لأنها الأمر المشروع وما عداه باطل؟ يقول ابن رشد : « اتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية ، على ما روي عن عمر بن الخطاب ، على اختلاف في ذلك بين الصحابة . وشد قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنى في الإسلام ، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام »^(١) .

(١) بداية المجتهد ٢/٣٥٨ ، وحديث عمر الذي أشار إليه ابن رشد أخرجه مالك في الموطأ ٣/٢١٥ ، وذكر الصنعاني في سبل السلام جزءاً منه ، ونصه كما في الموطأ عن سليمان بن يسار أن عمر رضي الله عنه كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام ، فأتى رجلان إلى عمر كلاهما يدعي ولد امرأة ، فدعا قائماً ، فنظر القائف ، فقال : لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني خبيرك . فقالت : كان هذا - لأحد الرجلين - يأتيها في إبل لأهلها ، فلا يفارقها حتى يظن أن قد استقر بها حمل ، ثم ينصرف عنها ، فأهرقت عليه دما . ثم خلف عليها هذا - يعني الآخر - فلا أدري من أيهما هو ؟ فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : فإلى أيهما شئت فانتسب .

والذي يعيننا هنا ، هو بيان حكم تنسيب ولد الزنى في الإسلام ؛ لضعف
الخلاف في زنى الجاهلية .

مذاهب الفقهاء في تنسيب ابن الزنى :

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب :^(١)

المذهب الأول : يرى أن ابن الزنى لا ينسب لأب بحال . وإلى هذا ذهب
أكثر أهل العلم ، قال به أبو يوسف وبعض الحنفية ، وهو مذهب المالكية
والشافعية والحنابلة والظاهرية . وحجتهم : من السنة والمعقول .

(١) أما دليل السنة : فمن حديثين .

الحديث الأول : ما ورد في نفي ولد الملاعنة ، ومنه ما أخرجه البخاري ، عن
ابن عمر ، أن النبي ﷺ لا عن بين رجل وامرأته ، فانتفى من ولدها ، ففرق بينهما
وألحق الولد بالمرأة^(٢) .

(١) انظر في فقه المذاهب : مجمع الأنهر ١/٣٢٩ ، شرح فتح القدير ٣/٣٤١ ، أحكام الصغار
ص ١١٦ - الفقرة ٣٨٦ ، المدونة الكبرى ٤/٩٩ ، بداية المجتهد ٢/٣٥٨ ، المهذب ٢/١٢١ ،
المغني ٦/٤٩٢٢ (فصل) ميراث ولد الزنى ، العدة شرح العمدة ، ص ٤٤١ ،
المحلى ١٠/١٤١ ، ١٤٣ ، فتح الباري ١٢/٤٠ وما بعدها ، سبل السلام ٣/١١١٧ .

(٢) صحيح البخاري ٥/٢٠٣٦ رقم ٥٠٠٩ . وهل ينسب ابن الملاعنة لأمه فتكون أمه وأبيه ، أم
لا ينسب لأب مطلقاً؟ يقول ابن حجر : «اختلف السلف في معنى إلحاقه بأمه مع اتفاقهم على
أنه لا ميراث بينه وبين من نفاه . فيرى جمهور العلماء وأكثر فقهاء الأمصار : أن ابن الملاعنة ترثه
أمه وأخوته منها ، فإن فضل شيء فهو لبيت المال . وروي هذا عن زيد بن ثابت . وجاء عن علي
وابن مسعود أنهما قالوا في ابن الملاعنة : «عصبته عصبه أمه يرثهم ويورثونه» - أخرجه ابن أبي
شيبه - وجاء عن علي وابن مسعود أنهما كانا يجعلان أمه عصبته وحدها فتعطي المال كله ، فإن
ماتت أمه قبله فماله لعصبته . قال ابن بطال : هذا الخلاف إنما نشأ من حديث الباب حيث جاء
فيه : «وألحق الولد بالمرأة» ؛ لأنه لما ألحق بها قطع نسب أبيه فصار كمن لا أب له من أولاد
البيغي» - فتح الباري ١٢/٣٥ . وقال ابن قدامة : «قال الحسن بن صالح : عصبه ولد الزنى سائر
المسلمين ؛ لأن أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملاعنة» . والجمهور يرى التسوية بين ولد الزنى
وبين ولد الملاعنة ؛ لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه - المغني - المرجع السابق (فصل)
ميراث ولد الزنى .

قالوا: وولد الزنى أسوأ حالاً من ولد الملاعنة، فيأخذ حكمه.

ويمكن الجواب عن ذلك: بأن نفي ولد الملاعنة إنما كان لطلب الزوج، وهو صاحب الحق، بخلاف ولد الزنى فإنكم تمنعون نسيه حتى مع طلب الزاني باستلحاقه بهذه الصفة.

الحديث الثاني: ما ورد في قصر النسب على الفراش. ومن ذلك ما أخرجه الشيخان من حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد، فقال: ابن أخي عهد إلي فيه. فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه. فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم. فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي قد كان عهد إلي فيه. فقال عبد ابن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شهماً بينا بعتبة، فقال صلى الله عليه وسلم: «هو لك يا عبد ابن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة»، قالت: فما رأها حتى لقي الله (١). وفي رواية للبخاري: قال صلى الله عليه وسلم: «هو لك، هو أخوك يا عبد بن زمعة» من أجل أنه ولد على فراشه. وقال صلى الله عليه وسلم: «احتجبي منه يا سودة»، لما رأى من شبه عتبة بن أبي وقاص (٢).

وأخرج أحمد والطبراني برجال ثقات، وأبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (عبد الله بن عمرو بن العاص)، قال: قام رجل فقال، لما فتحت مكة: إن فلاناً ابني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الأئلب». قيل: وما الأئلب؟ قال: «الحجر» (٣).

(١) صحيح البخاري ٧٢٤/٢ رقم ١٩٤٨، صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ رقم ١٤٥٦. وسبق تخريج هذا الحديث قريباً في دليل الإقرار لإثبات الفراش، كما سبق تخريجه في دليل الحنفية على منع القيافة في الفصل الأول من الباب الأول.

(٢) صحيح البخاري ١٥٦٥ رقم ٤٠٥٢.

(٣) الحديث سبق تخريجه قريباً، مع شرح بعض ألفاظه، في النفي الشرعي للنسب بمناسبة حكم النبي في الإسلام.

قال ابن عبد البر : « حديث : « الولد للفراش » من أصح ما يروى عن النبي ﷺ .
جاء عن بضعة وعشرين نفساً من الصحابة »^(١) .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي ﷺ حصر وقصر ثبوت النسب على
صاحب الفراش فلا يكون لغيره .

يقول ابن حجر في شرح الحديث : « والذي يظهر من سياق القصة ، أنها كانت
أمة مستفرشة لزمنة ، فاتفق أن عتبه زنى بها ، وكانت طريقة الجاهلية في مثل ذلك
أن السيد إن استلحقه لحقه وإن نفاه انتفى عنه ، وإذا ادعاه غيره كان مرد ذلك إلى
السيد أو القافة . فأبطل النبي ﷺ حكم الجاهلية وألحقه بزمنة »^(٢) .

وقال : « لا يمكن حمل الخبر : « الولد للفراش » على كل واطى ، بل المراد من
له الاختصاص بالوطء كالزوج والسيد »^(٣) .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن قصر الفراش على من له الاختصاص بالوطء
كالزوج والسيد يتعارض مع حق الزوج في نفي الولد باللعان وإهدار الفراش ،
وأيضاً منع تنسيب الولد للزوج إن أتت الزوجة به من غيره لأقل من ستة أشهر
أو كان الزوج دون سن البلوغ ، وهذا المنع محل اتفاق بين الفقهاء .

ولذلك فقد نقل عن الإمام الشافعي ، أنه قال : « قوله : « الولد للفراش » له معنيان .
أحدهما : هو له ما لم ينفه ، فإذا نفاه بما شرع له كاللعان انتفى عنه . والثاني : إذا
تنازع رب الفراش والعاهر فالولد لرب الفراش . قال ابن حجر ، بعد أن ذكر قول
الشافعي : « والثاني منطبق على خصوص الواقعة ، والأول أعم »^(٤) .

(٢) وأما دليل المعقول : فمن وجوه ، أذكر منها أربعة أوجه :

الوجه الأول : أن ماء الزنى هدر ، لا حرمة له ، فلا يرتب أثراً .

(١) فتح الباري ٤٤/١٢ .

(٢) فتح الباري ٣٨/١٢ .

(٣) (٤٠٣) فتح الباري ٤٠/١٢ .

الوجه الثاني : أن الزاني تعدى حدود الله في طريق المعاشرة الحلال ، فلو ألحقنا الولد به لكان ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يصيها ، ويكون الولد له ، فكان لا بد أن يعامل بنقيض قصده .

الوجه الثالث : أن الأبوة وصف شرف لا يستحقها إلا من بذل وقدم لها بالزواج أو التسري ؛ عملاً بقوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ﴾ (النساء: ٢٤).

الوجه الرابع : أننا لا نتيقن من أن ابن الزنى منه ؛ لأن التي طوعته ساقطة المروءة والشهادة ، ويمكن أن تفعل مع غيره كما فعلت معه ، فمن أين يتمحض نسبة الولد له؟

المذهب الثاني : يرى أن ابن الزنى ينسب للزاني . وإلى هذا ذهب الشعبي وإسحاق وذكره عن عروة وسليمان بن يسار ، وبه قال بعض المالكية ، ونسبه بعضهم إلى القرطبي ، وذهب ابن تيمية إلى قريب من هذا القول^(١) .

وقال الحسن وابن سيرين : يلحقه إذا أقيم عليه الحد ، ويرثه . وزاد إبراهيم النخعي : أو ملك الموطوءة^(٢) .

(١) انظر قول بعض المالكية في بداية المجتهد ٢/٣٥ ، ٣٥٨ ، وانظر قول الشعبي وإسحاق وعروة وسليمان بن يسار وبعض المالكية في فتح الباري ١٢/٤٠ ، المغني ٦/٤٩٢٢ (فصل) ميراث ولد الزنى . أما مذهب ابن تيمية فيرى أن ابن الزنى لا ينسب للزاني إلا أن يستلحقه ، وينسب الولد للواطئ في كل نكاح ولو كان باطلاً في نفس الأمر - فتاوى ابن تيمية ٣٤/١٠ ، ١٥ باب ما يلحق من النسب ، ٣١/٣٧٣ ، ٣٧٤ - كتاب الفرائض ، وقد سئل عن رجل زنى بجارية مملوكة لأبيه ، وهي تزني مع غيره ، فأجاب إن كان الولد استلحقه في حياته وقال هذا ابني لحقه النسب وكان من أولاده يتوارثان إذا لم يكن له أب يعرف غيره - ٣١/٣٧٤ - وقال : لو استلحق مجهول النسب لحقه باتفاق المسلمين إذا كان ذلك ممكناً ولم يدع أحد أنه ابنه ٣٤/٢٢١ . ويلاحظ أن الجمهور يرى مشروعية استلحاق مجهول النسب بشرط أن لا يعلن المستلحق أنه أتى به من الزنى . ويجوز أن نقبل استلحاقه دون استفعال . أما ابن تيمية فيرى مشروعية الاستلحاق ولو صرح بأنه من زنى . ونص ابن قدامة في المغني - المرجع السابق - على أن ولد الملاعنة يلحق الملاءن إذا استلحقه بخلاف ولد الزنى في قول الجمهور .

(٢) المغني ٦/٤٩٢٢ .

وقد وصف ابن رشد وابن حجر هذا القول بالشذوذ^(١). كما حاول ابن حجر تبرئة القرطبي من هذا القول ، فذكر في شرح الحديث «الولد للفراش» أن الجمهور اشترط الإمكان زماناً ومكاناً ، بخلاف الحنفية الذين اكتفوا بمجرد العقد لتصير فراشاً ويلحق الزوج الولد احتجاجاً بعموم الحديث : «الولد للفراش» ؛ لأنه لا يحتاج إلى تقدير . وهو «الولد لصاحب الفراش» ؛ لأن المراد بالفراش الموطوءة^(٢) .

قال ابن حجر : «ورده القرطبي ، بأن الفراش كناية عن الموطوءة لكون الواطئ يستفرشها ، أي يصيرها بوطئه لها فراشاً له ، يعني فلا بد من اعتبار الوطء حتى تسمى فراشاً ، وألحق به إمكان الوطء ، فمع عدم إمكان الوطء لا تسمى فراشاً .

ثم قال ابن حجر : وفهم بعض الشراح عن القرطبي خلاف مراده ، فقال : كلامه يقتضي حصول مقصود الجمهور بمجرد كون الفراش هو الموطوءة ، وليس هو المراد ، فعلم أنه لا بد من تقدير محذوف ؛ لأنه قال : إن الفراش هو الموطوءة ، والمراد به أن الولد لا يلحق بالواطئ . ويؤيد ذلك أن ابن الأعرابي اللغوي نقل أن الفراش عند العرب يعبر به عن الزوج وعن المرأة ، والأكثر إطلاقه على المرأة ، وقد يعبر به عن حالة الافتراش ، ويمكن حمل الخبر عليها فلا يتعين الحذف . نعم لا يمكن حمل الخبر على كل واطئ ، بل المراد من له الاختصاص بالوطء كالزوج والسيد ، ومن ثم قال ابن دقيق العيد : معنى «الولد للفراش» تابع للفراش ، أو محكوم به للفراش ، أو ما يقارب هذا^(٣) .

هذا ، ويمكن أن أستدل لأصحاب هذا القول المذكور من السنة والمعقول .

(١) بداية المجتهد - المرجع السابق ، فتح الباري ٤٠/١٢ .

(٢) سبق تفصيل هذه المسألة في أدلة إثبات الفراش وحكم تعارضها (قيام حالة الزوجية - دليل الفراش) .

(٣) فتح الباري - المرجع السابق . وراجع سابقاً حقيقة الفراش في أدلة إثباته مع دليل قيام حالة الزوجية (دليل الفراش) بعد دليل الوحي .

١- أما دليل السنة فمن حديثين :

الحديث الأول : ما أخرجه الشيخان من حديث أنس في المتلاعنين أن النبي ﷺ ، قال : « أبصروها ، فإن جاءت به أبيض سبطاً فهو لزوجها ، وإن جاءت به أكحل جمعاً فهو للذي رماها به » ، فجاءت به على النعت المكروه . فقال : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن »^(١) .

ووجه الدلالة : أن النبي ﷺ احتكم لصاحب الشبه وهو صاحب الماء .

ويمكن الجواب عن ذلك : بأن قوله ﷺ : « فهو للذي رماها به » على سبيل المجازاة وليس على الحقيقة الشرعية .

الحديث الثاني : ما أخرجه الشيخان من حديث عائشة ، في قصة عتبة الذي عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني ، وقال عبد بن زمعة هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه . فقال النبي ﷺ : « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر » ثم قال لسودة بنت زمعة : « احتجبي منه » لما رأى الشبه بعتبة ، فما رآها حتى لقي الله^(٢) .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : هو اعتبار النبي ﷺ للشبه الدال على صاحب الماء وليس الدال على صاحب الفراش ، ولذلك أمر سودة ﷺ بالاحتجاب . فلو لم يكن هنا اعتبار لصاحب الماء لما أمرها بالاحتجاب . ومن هنا قال ابن حجر : « استدل به الحنفية على أنه لم يلحقه بزمعة ؛ لأنه لو ألحقه به لكان أختاً لسودة ، والأخ لا يؤمر بالاحتجاب منه ، ويؤيد هذا المعنى ما جاء في بعض طرق هذا الحديث « احتجبي منه يا سودة ، فإنه ليس لك بأخ » . قال الخطابي : ليس بثابت ، وقال النووي : هذه الزيادة باطلة . مردودة . وتعقب بأنها وقعت في حديث عبد الله ابن الزبير عند النسائي بسند حسن ، ورجال سنده رجال الصحيح إلا شيخ مجاهد وهو يوسف مولى آل الزبير ، وقد طعن البيهقي في سنده فقال : فيه جرير وقد

(١) سبق تخريج الحديث بطوله في دليل الجمهور على مشروعية القيافة في الحكم التكليفي للبصمة عند التنازع في النسب .

(٢) سبق تخريجه قريباً في دليل المذهب الأول من هذه المسألة .

نسب في آخر عمره إلى سوء الحفظ ، وفيه يوسف وهو غير معروف . وتعقب بأن جريراً هذا لم ينسب إلى سوء الحفظ وكأنه اشتبه عليه بجرير بن حازم ، وبأن يوسف معروف في موالي آل الزبير ، وعلى هذا فيتعين تأويله^(١) .

أجاب الجمهور عن هذا الدليل بأجوبة ضعيفة غير مقنعة ، وقالوا يتعين تأويل هذا الحديث ، واختلفوا في التأويل ، فقال ابن حزم : « ليس أمره عليه الصلاة والسلام سودة أم المؤمنين بالاحتجاب منه بكادح في أن الولد لصاحب الفراش ، ولا احتجاب الأخت عن أخيها بمبطل أخوته لها البتة ؛ لأنه ليس فرضاً على المرأة رؤية أخيها لها ، إنما الفرض عليه صلة رحمه فقط ، ولم يأمرها عليه الصلاة والسلام قط بأن لا تصله^(٢) .

وقال الجمهور : إن الأمر بالاحتجاب منه للاحتياط لما رأى الشبه بينا بعتبة وإن حكم بأنه أخوها . وأشار الخطابي إلى أن في ذلك مزية لأمهات المؤمنين ؛ لأن لهن في ذلك ما ليس لغيرهن . قال : « والشبه يعتبر في بعض المواطن لكن لا يقضى به إذا وجد ما هو أقوى منه » . وقال القرطبي بعد أن قرر أن أمر سودة بالاحتجاب للاحتياط وتوقفي الشبهات ، قال : « ويحتمل أن يكون ذلك لتغليظ أمر الحجاب في حق أمهات المؤمنين ، كما نهاهن عن رؤية الأعمى في قوله : « أفعمياوان أنتما » ، مع قوله لفاطمة بنت قيس : « اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه أعمى^(٣) » .

(١) فتح الباري ٤٢/١٢ .

(٢) المحلى ٤١/١٠ .

(٣) فتح الباري ٤٢/١٢ ، ٤٣ ، بداية المجتهد ٣٥٧/٢ ، ٣٥٨ . وحديث النهي عن رؤية الأعمى أخرجه أحمد وأبو داود وابن حبان والترمذي وصححه عن أم سلمة ، أنها كانت عند رسول الله ﷺ وميمونة ، فأقبل ابن أم مكتوم ، فدخل عليه ، وذلك بعدما أمرنا بالاحتجاب ، فقال ﷺ : « احتجبا منه » ، فقلت : أليس هو أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا؟ فقال ﷺ : « أفعمياوان أنتما ألتما تبصرانه » - سنن الترمذي ١٠٢/٥ رقم ٢٧٧٨ ، صحيح ابن حبان ٣٨٧/١٢ رقم ٥٥٧٥ ، مستد الإمام أحمد ٢٩٦/٦ رقم ٢٦٥٧٩ ، سنن أبي داود ٦٣/٤ رقم ٤١١٢ . وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد أخرجه مالك والنسائي وأبو داود ، عن فاطمة بنت قيس ، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة ، وهو غائب بالشام ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شيء فجاءت إلى رسول ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال : « ليس لك عليه نفقة » =

(٢) وأما دليل المعقول : فمن أوجه ، أذكر منها أربعة :

الوجه الأول : أن تنسب الولد لصاحب الماء أفضل من أن يترك بدون نسب لأب .
الوجه الثاني : قياس ماء الزنى على ماء النكاح ؛ لعموم الحديث : « الولد للفراش » .
أقول : وقد اعتبر الحنفية والحنابلة هذا القياس في مسألة تحريم بنت الزاني ،
وأما الزانية وبناتها على الزاني ؛ قياساً على الوطاء الحلال .
يقول صاحب العدة : « وأما إذا وطئها حراماً فقد حرمت أيضاً على أبيه وابنه ،
وحرمت عليه أمهاتها وبناتها بالقياس على الوطاء الحلال ، وقد قال تعالى :
﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (النساء: ٢٢) ، والوطء يسمى
نكاحاً^(١) .

الوجه الثالث : قياس ماء الزنى على ماء الشبهة . فقد ذهب الفقهاء إلى أن من
وطئ بشبهة امرأة غيره أو امرأة خلية ، وأتت بولد ، أمكن أن يكون منه ، نسب
له^(٢) .

الوجه الرابع : أن الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تنسب ولد الزنى له أثبتوا
بالزنى حرمة المصاهرة ، فلا يجوز عند أكثرهم للزاني أن يتزوج بأم الزانية
أو ابنتها منه أو من غيره . وإذا ثبت للزنى هذا الأثر ألا يثبت له أثر النسب مراعاة
للصغار الضائعين .

المذهب الثالث : يرى أن ابن الزنى ينسب إلى الزاني إن تزوج بالمزني بها
وهي حامل . وإلى هذا ذهب أبو حنيفة ومحمد وعليه الفتوى في المذهب ، وبه
قال ابن عباس . أما إن لم يتزوجها حتى وضعت ، أو كان الحمل ليس منه ، فلا
ينسب لأب وإنما ينسب لأمه التي ولدتها . وحجتهم : من القرآن الكريم
والمأثور :

== وأمرها أن تعمد في بيت أم شريك - ثم قال : « تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند
ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده » - الموطأ ٥٨٠/٢ رقم ١٢١٠ ، سنن
النسائي ٧٤/٦ رقم ٣٢٤٤ ، سنن أبي داود ٦٣/٤ رقم ٤١١٢ .

(١) العدة شرح العمدة ص ٣٧٢ - انظر أيضاً هذا القياس في الفقه الحنفي في مجمع الأنهر ١/٣٢٦ ،
تبيين الحقائق ١٠٦/٢ .

(٢) راجع سابقاً في أسباب النسب (الزواج وشبهته) .

١- أما الدليل من القرآن الكريم : فمنه قوله تعالى : ﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً
أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾
(النور: ٣).

ووجه الدلالة : أن الله تعالى خص للزاني نكاح الزانية ، والعكس ، ومنع ذلك
على المؤمنين . ويجب لتحقيق نكاح الزاني من الزانية أن يستبرئ رحمها من ماء
غيره ؛ لما أخرجه أحمد والترمذي وحسنه ، وأبو داود ، عن رويغ بن ثابت
الأنصاري ، أن النبي ﷺ قال يوم حنين . وأخرجه ابن حبان عنه ، أن النبي ﷺ قال
عام خيبر : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » .
قال : يعني إتيان الحبالى^(١) . ولما كان المعنى غير متحقق مع الزاني صاحب
الماء ، جاز له أن يتزوجها وهي حامل منه ، وإذا جاز ذلك فإن الولد ينسب له .
ويمكن الجواب عن ذلك : بأن معنى الآية ليس نفيًا وإثباتًا ، وإنما هو كما قال
ابن كثير : « خبر من الله تعالى بأن الزاني لا يوطأ إلا زانية أو مشركة ، أي لا يطاوعه
على مراده من الزنى إلا زانية عاصية ، أو مشركة لا ترى حرمة ذلك »^(٢) .

٢- وأما دليل المأثور : فمنه ما روى عن ابن عباس أنه سئل عن الرجل يزني
بالمرأة ثم يريد نكاحها؟ فقال : أول أمرها سفاح وآخره نكاح^(٣) . وفي رواية ،
قال : إن تابا فإنه ينكحها^(٤) .

وروى عنه - أيضاً - أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها ، فقرأ
عليه قوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ
مَا تَفْعَلُونَ ﴾ (الشورى: ٢٥).

(١) سنن أبي داود ٢٤٨/٢ رقم ٢١٥٨ ، مسند الإمام أحمد ١٠٨/٤ رقم ١٧٠٣٣ ، صحيح ابن حبان
١٨٦/١١ رقم ٤٨٥٠ ، سنن الترمذي ٤٣٧/٣ رقم ١١٣١ . ولفظ الترمذي : « ولد غيره » بدل :
« زرع غيره » . وقال ابن حجر : أخرجه أبو داود والترمذي وصححه ابن حبان وحسنه البزار -
بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٤١/٣ ، رقم ١٠٤٩ .

(٢) تفسير ابن كثير ٣٥١/٣ .

(٣) السنن الكبرى ١٥٥/٧ ، ١٥٧ ، أحكام القرآن للجصاص ٢٦٥/٣ ، المصنف ٢٠٢/٧ .

(٤) المصنف ٢٠٢/٧ .

وسأله رجل فقال : إني كنت ألم بامرأة ، وآتى منها ما حرم الله عز وجل ، فرزقني الله من ذلك توبة ، فأردت أن أتزوجها ، فقال ناس : إن الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة . فقال ابن عباس : ليس هذا في هذا ، انكحها ، فما كان من إثم فعلي^(١) .

كما روي أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح التي زنى بها؟ فقال : يجوز ، أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز؟^(٢)

كما روي عن ابن عباس قال : ولد الزنى شر الثلاثة ؛ لأن أبويه يتوبان^(٣) . قلت : وهذا في حال ترك ولد الزنى يعيش في الأرض فساداً دون أن يأويه أحد ويرعاه ، فكم من أبناء سفاح صاروا أعلاماً بفضل من آواهم بعد الله تعالى . أما ابن الزنى في ذاته فلا ذنب له أن يكون شراً لمجرد سبب لا يد له فيه .

الغصن الثاني

حكم سراية التحريم بالمصاهرة أو بالدم من ماء الزنى

لا إشكال عند من يرى تنسيب ولد الزنى للزاني في سراية تحريم المصاهرة من أم الزانية وابنتها منه أو من غيره .

وإنما اختلف الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم تنسيب ابن الزنى من الزاني في مدى سراية فعلته الأئمة على تحديد المحرمات بالمصاهرة أو بالدم .

وسبب الخلاف - كما يذكره ابن رشد - : « في الاشتراك في اسم النكاح ، أعني في دلالة على المعنى الشرعي واللغوي ، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ ﴾ (النساء: ٢٢) قال : يُحَرِّمُ الزنى ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لا يُحَرِّمُ الزنى ، ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم

(١) تفسير ابن كثير ٣/٣٥٢ .

(٢) المغني ٦/٦٠٣ ، أحكام القرآن للجصاص ٣/٢٦٥ .

(٣) السنن الكبرى ١/٥٩ .

والبنت وبين الأب والابن ، قال : يُحرّم الزنى أيضاً . ومن شبهه بالنسب قال : لا يُحرّم لإجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنى»^(١).

هذا ، ويمكن إجمال أقوال الفقهاء في هذه المسألة في مذهبين :

المذهب الأول : يرى أن ماء الزنى له تأثير في سراية التحريم بالدم والمصاهرة . فمن زنى بامرأة حرمت عليه أصولها وفروعها ، وحرمت المزنية على أصوله وفروعه ، كما يحرم على الزاني أن يتزوج ابنته من الزنى .

وإلى هذا : ذهب الحنفية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو رواية عن مالك حكاه القاسم في المدونة^(٤)، ووجه ضعيف للشافعية في شأن تحريم بنت الزنى على الزاني وبشرط اليقين أن تكون منه^(٥).

وروي هذا المذهب - الذي قال به أبو حنيفة وأحمد - عن عمر وعمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وأبي بن كعب وعائشة وابن مسعود وابن عباس ، وبه قال الثوري والأوزاعي وجمهور التابعين^(٦).

(١) بداية المجتهد ٢/٣٤ ، ٣٥ .

(٢) مجمع الأنهر ١/٣٢٦ ، تبين الحقائق ٢/١٠٦ ، الفتاوى الهندية ١/٢٧٤ .

(٣) العدة شرح العمدة ص ٣٧٢ ، المغني ٦/٥٧٦ ، كشاف القناع ٥/٧٢ .

(٤) قال ابن رشد بعد أن حكى القولين عن مالك ، قال : «قال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن

القاسم في هذه الرواية ، ويذهبون إلى ما في الموطأ» - بداية المجتهد ٢/٣٤ - وقال ابن خلف

المصري المالكي : «نص قوله في المدونة : «وإن زنى بأم زوجته أو ابنتها فليفارقتها» قال : حمل

أكثر الشيوخ هذه المقارقة على الوجوب وعليه اختلف الكلامان ، فأكثر الشيوخ رجع ما في

الموطأ وصرح ابن عبد السلام بمشهوريته ، ومنهم من رجع ما في المدونة لما ذكره ابن حبيب

عن مالك أنه رجع عما في الموطأ وأفتى بالتحريم إلى أن مات» - كفاية الطالب الرباني ٢/٦٣ .

(٥) يقول الشيرازي : «إن زنى بامرأة فأتت منه بانه فقد قال الشافعي رحمه الله : أكره أن يتزوجها فإن

تزوجها لم أفسخ . فمن أصحابنا من قال : كره خوفاً من أن تكون منه ، فعلى هذا إن علم قطعاً

أنها منه بأن أخبره النبي ﷺ في زمانه لم تحل له . ومنهم من قال : إنما كره ليخرج من الخلاف

مع أبي حنيفة» - المذهب ٢/٤٣ .

(٦) تبين الحقائق ٢/١٠٦ ، بداية المجتهد ٢/٣٤ .

واحتج أصحاب هذا المذهب : من الكتاب والسنة والمعقول :

١- أما دليل الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ
النِّسَاءِ ﴾ (النساء: ٢٢) .

ووجه الدلالة : أن النكاح هو الوطء حقيقة ، ولهذا حرم على الابن ما وطئ أبوه
بملك اليمين ، وهذا لا يسمى نكاحاً شرعاً ، لأنه تسرى .

٢- وأما دليل السنة : فمنه ما أخرجه ابن أبي شيبة بسند ضعيف ، عن أم هانئ ، أن
النبي ﷺ قال : « من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا بنتها »^(١) . وهذا
عام في النكاح والسفاح .

كما يدل من السنة : حديث عائشة في الصحيحين ، في قصة عتبة الذي عهد إلى
أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني ، فاقبضه إليك ، فقام عبد
ابن زمعة ، فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه . فقال النبي ﷺ : « الولد
للفراش وللعاهر الحجر » ثم قال لسودة بنت زمعة : « احتجبي منه » لما رأى الشبه
بعتبة^(٢) .

قال ابن حجر : « استدلل بهذا الحديث على أن لوطء الزنى حكم وطء الحلال في
حرمة المصاهرة ، وهو قول الجمهور . ووجه الدلالة : أمر سودة بالاحتجاب بعد
الحكم بأنه أخوها لأجل الشبه بالزاني »^(٣) .

٣- وأما دليل المعقول : فمن وجهين .

الوجه الأول : قياس الوطء الحرام على الوطء الحلال بجامع الاستمتاع في كل ،
فكل تحريم تعلق بالوطء الحلال تعلق بالوطء الحرام^(٤) .

الوجه الثاني : أن الوطء - ولو من سفاح - إنما صار محرماً من حيث إنه سبب
للجزئية بواسطة ولد يضاف إلى كل واحد منهما كماً ، ولا تأثير لكونه حلالاً

(١) أخرجه ابن أبي شيبة من حديث أم هانئ - المصنف لابن أبي شيبة ١٦٥/٤ وقال ابن حجر عنه :
حديث ضعيف - فتح الباري ١٥٦/٩ .

(٢) سبق تخريج الحديث في دليل الفراش على النسب ، وفي دليل الإقرار بالنسب .

(٣) فتح الباري ٤٣/١٢ .

(٤) مجمع الأنهر ٣٢٦/١ .

أو حراماً ؛ لأنه أوصاف له ، فذات الوطء لا تختلف . ألا ترى أن المصاهرة تثبت بوطء المنكوحه نكاحاً فاسداً والمشتراة شراء فاسداً ، والجارية المشتركة والمكاتبه ، وبوطء المظاهر منها ، وأمته المجوسية ، والحائض والنفساء ، وبوطء المُحْرَم والصائم ، فصار كالرضاع حيث لا يختلف فيه بين الحلال والحرام^(١) .

المذهب الثاني : يرى أن ماء الزنى هدر ، لا أثر له في سراية التحريم مطلقاً ، فمن زنى بامرأة لم تحرم عليه أصولها ولا فروعها منه في الحرام أو من غيره مطلقاً . كما أنها لا تحرم على أصول الزاني ولا فروعه .

وهذا قول الإمام مالك في الموطأ^(٢) ، وبه قال الشافعية في المعتمد^(٣) .
وحجتهم : من السنة والمعقول .

١- أما دليل السنة : فمن حديثين^(٤) :

الحديث الأول : أخرجه ابن ماجه والدارقطني ، عن ابن عمر ، أن النبي ﷺ قال : « لا يُحَرِّمُ الحَرَامُ الحلال »^(٥) قالوا : فلما كان الزنى حراماً لم يحرم ما أحل الله من النساء .

الحديث الثاني : أخرجه الطبراني والدارقطني ، بسند فيه متروك ، عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ سئل عن الرجل يتبع المرأة حراماً ، أينكح أمها أو ابنتها ؟ فقال : « لا يُحَرِّمُ الحَرَامُ الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح حلال »^(٦) .

(١) تبين الحقائق ١٠٦/٢ .

(٢) قال ابن حبيب : « إنه رجع عنه وأفتى بالتحريم إلى أن مات » - كفاية الطالب الرباني ٦٣/٢ ، بداية المجتهد ٣٥/٢ . يقول ابن رشد : « ويرى الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم كالزنى ، وهو شاذ » - بداية المجتهد - المرجع المذكور .

(٣) المهذب ٤٣/٢ - وهو الأصح عند الشيعة الإمامية ، الروضة البهية ٩٢/٢ .

(٤) قال الشيخ الشلبي في حاشيته : « رواهما الدارقطني » - الشلبي على تبين الحقائق ١٠٦/٢ - كما ذكر الشيرازي هذا الحديث للاستدلال - المهذب ٤٣/٢ .

(٥) سنن ابن ماجه ٦٤٩/١ رقم ٢٠١٥ ، سنن الدارقطني ٢٦٨/٣ رقم ٨٩ .

(٦) سنن الدارقطني ٢٦٨/٣ رقم ٨٨ ، والحديث أورده الهيثمي عن عائشة ، في مجمع الزوائد ، وقال : « رواه الطبراني في الأوسط وفيه عثمان بن عبد الرحمن الزهري وهو متروك » - مجمع الزوائد ٢٦٨/٤ .

٢- وأما دليل المعقول : فمن وجهين :

الوجه الأول : أن المصاهرة نعمة لا تنال بحرام .

الوجه الثاني : أنه لو كان الزنى مؤثراً في التحريم لكان مؤثراً في تحليل المطلقة ثلاثاً لمطلقها .

مناقشة دليل الشافعية ومن وافقهم :

١- حديث : « لا يُحَرِّمُ الحَرَامُ الحَلَالَ » أجاب عنه الشيخ الشلبي بقوله : « هذا الحديث ليس على ظاهره ، أرأيت لو بال أو صب خمرًا في ماء قليل مملوك لم يكن حرامًا ، مع أنه يُحَرِّمُ استعماله . فيجب كون المراد : أن الحرام لا يُحَرِّمُ باعتبار كونه حرامًا ، وحينئذ نقول بموجبه ، إذ لم نقل بإثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنى ، بل باعتبار كونه وطئًا .

ثم قال الشيخ الشلبي : هذا لو صح الحديث ، لكن حديث ابن عمر ذكره عبد الحق عن ابن عمر ، ثم قال في إسناده إسحاق بن أبي فروة ، وهو متروك . وروي الحديث عن ابن عباس لكنه مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الواقصي ، على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب . وقال البخاري وأبو داود والنسائي : ليس بشيء .

وأما حديث عائشة فوجه ضعفه أنه من كلام بعض قضاة العراق ، وقيل من كلام ابن عباس ، وخالفه كبار الصحابة»^(١) .

وقال الهيثمي : « حديث عائشة - المذكور - رواه الطبراني في الأوسط ، وفيه عثمان بن عبد الرحمن الزهري ، وهو متروك»^(٢) .

٢- وأما القول بأن المصاهرة نعمة فلا تنال بحرام فَمُعَلِّطُ بأن النعمة ليست التحريم ، من حيث هو تحريم ؛ لأنه تضييق ، ولذا اتسع الحل لرسول الله ﷺ

(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق ١٠٦/٢ .

(٢) مجمع الزوائد ٢٦٨/٤ .

من الله سبحانه وتعالى ، بل من حيث هو يترتب على المصاهرة . فحقيقة النعمة هي المصاهرة ؛ لأنها هي التي تصير الأجنبي قريباً عضداً وساعداً ، يهيمه ما أهمك ، ولا مصاهرة بالزنى ، فالصهر زوج البنت مثلاً لا من زنى بينت الإنسان ، فانتفى الصهرية . وفائدتها أيضاً : أن الإنسان ينفر من الزاني بينته فلا يتعرف به بل يعاديه فأنى ينتفع به فالمرجع القياس^(١) .

٣- وأما القول بأن الزنى لو كان مؤثراً لكان مؤثراً في تحليل المطلقة ثلاثاً ، فأجاب عنه الزيلعي بقوله : « المحلل وطء الزوج ، والزاني ليس بزواج ، ولهذا لا يحللها وطء المولى ، وتشبت به حرمة المصاهرة »^(٢) .

والمذهب المختار : هو ما ذهب إليه الجمهور ، أصحاب القول الأول ، الذين ذهبوا إلى أن ماء الزاني له سراية التحريم كماء النكاح ؛ لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين .

(١) حاشية الشلبي ، المرجع السابق .

(٢) تبين الحقائق ١٠٦/٢ .

الفصل الثالث

سراية التحريم بالرضاع من ماء الزنى

يترتب على الرضاع بعض أحكام النسب أهمها تحريم النكاح ، وثبوت المحرمية المفيدة لجواز النظر للأطراف ، والخلوة ، وعدم نقض الطهارة باللمس عند من يرى ذلك من الفقهاء . ويدل لذلك : ما أخرجه الشيخان من حديث ابن عباس ، أن النبي ﷺ قال : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ »^(١) . وعن عائشة ، أن النبي ﷺ قال : « إِنْ الرِّضَاعَةُ تَحْرِمُ مَا يَحْرِمُ مِنَ الْوِلَادَةِ »^(٢) .

هذا ، وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الحرمة بلبن الزانية والزاني ، كما لو ولدت من زنى فنزل لها لبن ، فأرضعت به صبياً ، فهل يصير الرضيع ابناً لها وله؟ اتفق الفقهاء على أن المرضعة تصير أمّاً من الرضاع ، ولو كان لبنها بسبب الزنى ؛ لأنه رضع لبنها حقيقة . ولكنهم اختلفوا في ثبوت الحرمة بين الرضيع وبين الزاني الذي تاب اللبن بوطئه ، وذلك على مذهبين :

المذهب الأول : يرى أن ماء الزنى ماء هدر ، لا حرمة له ، ولا تأثير له في تحريم الرضاع .

ذهب إليه بعض الحنفية ، كما أنه مذهب الشافعية ، ورواية عند الحنابلة اختارها الخرقى وابن حامد^(٣) .

وحجتهم : أن التحريم تابع للنسب ، فيشترط في ثبوت الحرمة بين الرضيع وبين صاحب اللبن أن يكون اللبن لبن حمل ينتسب إلى الواطئ ، كما لو كان الوطاء بنكاح .

(١) صحيح البخاري ٢/٩٣٥ رقم ٢٥٠٢ ، صحيح مسلم ١٠٧١/٢ رقم ١٤٤٧ .

(٢) صحيح البخاري ٢/٩٣٦ رقم ٢٥٠٣ ، صحيح مسلم ١٠٦٨/٢ رقم ١٤٤٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ١١٤/٢ ، شرح فتح القدير ٣/٣١٣ ، بدائع الصنائع ٤/٤ ، روضة الطالبين ٦١/٩ ، أسنى المطالب ٣/٤١٨ ، المهذب ٢/١٥٨ ، المغني ٧/٥٤٤ ، كشاف القناع ٥/٤٤٤ .

أما إن نزل اللبن بحمل من الزنى فلا تثبت الحرمة بين الرضيع والفحل الزاني ؛ لأنه لبن غير محترم ، ولأن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة ، فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها .

المذهب الثاني : يرى أن لبن الفحل ينشر الحرمة وإن نزل بزنى .

وهو رواية عند الحنفية ، وإليه ذهب المالكية ، والرواية الثانية عند الحنابلة اختارها أبو بكر عبد العزيز^(١) .

وحجتهم : أن ماء الفحل معنى ينشر الحرمة ، فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره كالوطء ؛ فإن الواطئ حصل منه ولد ولبن .

كما أن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطئ ، فكذلك اللبن . ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فينشرها إلى الواطئ .

والمذهب المختار : هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني ، من انتشار الحرمة بماء الفحل ولو كان عن حرام ؛ لأن المنى هو المؤثر في الحمل وإخراج لبن المرأة بالطبيعة المخلوقة دون النظر لحل الفعل أو حرمة . أما الفعل نفسه إن كان حراماً - وهو الزنى - فعلى الفاعلين العقاب بالحد ، وهو لا يمنع من انتشار الحرمة .

الفصل الرابع

حكم العدة للمرأة الزانية

العدة في اللغة مأخوذة من العدد والحساب - وهي بكسر العين وضمها - تقول : عد الدراهم وغيرها عدّاً - بفتح العين وضمها - وتعدداً ، أي حسبها وأحصاها . وأعد الشيء : هيأه وجهزه . وعدد الشيء : أحصاه^(٢) .

(١) المراجع السابقة للحنفية والحنابلة ، وانظر للمالكية : حاشية الدسوقي ٤٠٥/٢ ، الفواكه الدواني ٨٩/٢ .

(٢) لسان العرب ، المعجم الوسيط - مادة : عدد .

والعدة في اصطلاح الفقهاء - هي بكسر العين - : « اسم لمدة ترتبص بها المرأة عن التزويج بعد وفاة زوجها ، أو فراقه لها ، إما بالولادة ، أو الإقراء ، أو الأشهر »^(١) .

ولا خلاف بين الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها ديانة على المرأة المزوجة ومن في حكمها عند وجود سببها . وذلك استبراءً لرحمها ، أو تفجعاً على الزوج .

هذا ، وقد اختلف الفقهاء في حكم ثبوت العدة على المرأة الزانية . ويمكن إجمال أقوال الفقهاء في ثلاثة مذاهب ، على النحو الآتي :

المذهب الأول : يرى أنه يجب على المزني بها أن تعتد عدة المطلقة .

وإليه ذهب جمهور الفقهاء ، فهو الظاهر من مذهب المالكية^(٢) ، والمشهور عند الحنابلة ، وروي عن الحسن والنخعي^(٣) ، وبه قال أبو يوسف من الحنفية^(٤) .

وحجتهم : من وجهين .

الوجه الأول : أن المزني بها موطوءة بما يشغل رحمها ، فوجب عليها العدة استبراءً له ، لأن العدة شرعت لذلك ، وأنه إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنى ، فتختلط الأنساب .

(١) سبل السلام ١١٢٣/٣ .

(٢) أقول : وهو الظاهر من مذهب المالكية لأنني وجدت ابن خلف المصري المالكي ينص في باب العدد ، وهو يتكلم عن عدة الحامل ، قال : « إذا كان الحمل ثابتاً ليحترز بذلك من زوجة الصبي ومقطوع الذكر فإن زوجتهما لا تخرج من العدة بوضع الحمل ؛ لأن الولد لا يلحق بالزوج ، وتحد بذلك ؛ لأنه ولد زنى وحكمها في العدة حكم غير المدخول بها ، أي لا عدة عليها » - كفاية الطالب الرباني ١٣/٣ .

ثم قال في باب الاستبراء : « ومن ابتاع أمة حاملاً من غيره أو ملكها بغير البيع كالميراث والهبة والصدقة فلا يقربها بوطء ولا يتلذذ منها بشيء من مقدمات الوطء حتى تضع الحمل ، سواء كان الحمل من زوج أو من زنى على المعروف من المذهب » - المرجع السابق ١٨/٣ .

فإذا كان الاستبراء في حكم الأمة واجباً ألا يجب أيضاً للحرمة بالعدة ؟

وقد حسم الشيخ الدسوقي هذا الشك بقوله : « إذا زنت المرأة أو غضبت وجب عليها الاستبراء من وطنها بثلاث حيضات إن كانت حرة » ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩٣/٣ .

(٣) المغني ٧٩/٩ ، ٨٠ ، العدة ص ٤٣٤ ، سبل السلام ١١٤٢/٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٢٩١/٢ ، بدائع الصنائع ١٩٣/٣ .

الوجه الثاني : قياس المزني بها على الموطوءة بشبهة ؛ إذ يجب على الأخيرة عند الجمهور العدة وكذلك الزانية .

ويترتب على هذا القول : أن الحامل من زنى ، أو من اغتصاب ، يحرم على زوجها أن يطأها قبل الوضع .

وإذا كانت الزانية خلية فلا يجوز العقد عليها خلال فترة الاستبراء ، فإن عقد عليها وجب فسخه .

المذهب الثاني : يرى أنه لا يجب على المرأة الزانية عدة ، ولكن يجب عليها أن تستبرئ قبل الدخول بغير الزاني .

ومعنى هذا : أنه يجوز للزانية أن تنكح بالعقد ، وهي حامل من الزنى ، ولكن لا يجوز دخولها على زوجها (غير الزاني) إلا بالوضع ، فإذا كان زوجها هو الزاني فلا مانع من العقد والدخول معاً .

وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن ، وهو وجه للشافعية^(١) .

وحجتهم : أن العدة خاصة بالزوجات بالنص ، وإنما الاستبراء حتى لا يختلط ماؤه بماء غيره ؛ لما أخرجه أحمد وأبو داود وابن حبان والترمذي وحسنه من حديث رويض بن ثابت الأنصاري ، أن النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » ، وفي رواية : « ولد غيره »^(٢) ، كما أخرج أبو داود وأحمد والحاكم وصححه والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري ، أن النبي ﷺ قال في وقعة أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٢٩١ ، بدائع الصنائع ٣/١٩٣ ، مجمع الأنهر ١/٤٦٥ ، مغني المحتاج ٣/٣٨٤ ، ٣٨٨ ، روضة الطالبين ٨/٣٧٥ ، المهذب ٢/٤٣ ، ١٤٥ .

(٢) سبق تخريجه قريباً في دليل الحنفية على تسبب ابن الزنى إن تزوج بالمزني بها . وعند أحمد وأبي داود أن الحديث ورد في مناسبة غزو حنين . وعند ابن حبان أن الحديث ورد في مناسبة فتح خيبر . ولفظ الترمذي : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه ولد غيره » .

حتى تحيض حيضة»^(١). وأخرجه الدارقطني عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع أو حائل حتى تحيض»^(٢).

قالوا: فهذا دليل الامتناع عن وطئها، لكن لا عدة عليها؛ لأن العدد خاصة بالزوجات.

المذهب الثالث: يرى أنه ليس على الزانية عدة ولا يجب عليها الاستبراء، على معنى أنه يجوز للزانية أن تتزوج وتدخل بالزوج الزاني أو غيره سواء، وهي حامل أو غير حامل سواء.

وإلى هذا ذهب الشافعية في الأصح عندهم^(٣).
وحجتهم من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن العدة شرعت للزوجات، والزانية ليست منهن.

الوجه الثاني: أن الاستبراء شرع لوطء الشبهة ونحوه مما يحترم ماؤه، والزانية ليست كذلك؛ لأن ماء الزنى هدر، لا حرمة له.

الوجه الثالث: أن العدة شرعت لحفظ النسب والزاني لا يلحقه نسب.

والمذهب المختار: هو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية في ظاهر المذهب والحنابلة في المشهور وقول أبي يوسف - أصحاب المذهب الأول - القائلون بوجوب العدة للزانية؛ لما يأتي:

أولاً: في تشريع العدة للزانية حث على استعافها؛ لأنها لو تعلم أن لا عدة عليها ما تورعت في ممارسة تلك العادة الخبيثة، كالمذنب الذي يعلم أن لا توبة له.

(١) قال ابن حجر: «أخرجه أبو داود وصححه الحاكم عن أبي سعيد الخدري، أن النبي ﷺ، قال ذلك في سبايا أوطاس وله شاهد عن ابن عباس ؓ في الدارقطني» - بلوغ المرام مع سبل السلام ١١٤٥/٣، رقم ١٠٤٥ وأيضاً: تلخيص الحبير ١/١٧١، وانظر الحديث في: سنن أبي داود ٢٤٨/٢ رقم ٢١٥٧، مسند الإمام أحمد ٣/٢٨ رقم ١١٢٤٤، سنن الدارقطني ٤/١١٢ رقم ٣٤. كما أخرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب موقوفاً - سنن الترمذي ٤/١٣٣ رقم ١٥٦٤.

(٢) سنن الدارقطني ٣/٢٥٧ رقم ٥٠.

(٣) مغني المحتاج، روضة الطالبين، المذهب - المراجع السابقة.

ثانياً : العدة بالأقراء أو الشهور قد وردت في القرآن الكريم للزوجات ؛ وذلك لحق الزوج من تمكينه من الرجعة أو لتكريمه بعد المعاشرة ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾ (البقرة: ٢٣٧).

أما عدة الحامل فقد شرعت من أجل الحمل ، ولذلك اشترك فيها جميع النساء المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن ، فتدخل الزانية تحت هذا الخطاب .

ثالثاً : عموم حديث أبي سعيد عند أبي داود وأحمد والحاكم وصححه ، أن النبي ﷺ قال : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » ، وهو وإن ورد في السبايا إلا أن العبرة بعموم اللفظ ، فيشمل الزانية ، وعدتها ثلاث حيضات إن كانت حرة ، وواحدة إن كانت أمة . وكذلك عموم حديث رويغ بن ثابت عند أحمد وأبي داود وابن حبان والترمذي وحسنه ، أن النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره » . وفي رواية الترمذي : « ولد غيره » .

رابعاً : أن الزنى وصف ظاهر يتعلق به حكم الحد ، فلزم أن يتعلق به حكم الاستبراء . وقد نص علماء الأصول في تعريف السبب الشرعي بأنه : « الوصف الظاهر » . وقالوا : إنما تقيد الوصف بالظاهر لكي يخرج الوصف الخفي الذي لا يتعلق به حكم . وعلى ذلك فعلوق النطفة في رحم الزوجة سبب خفي لا يعلق عليه وجوب العدة ، وإنما يعلق على وصف ظاهر وهو الطلاق مثلاً^(١) .

أقول : والزنى وصف ظاهر فيتعلق به حكم العدة ، ولذلك يحرم إقامة الحد على الحامل حتى تضع ؛ لما أخرجه ابن ماجه عن معاذ بن جبل وأبي عبيدة ابن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس ، أن رسول الله ﷺ قال : « المرأة إذا قتلت عمدًا لا تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها . وإن زنت لم ترحم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها »^(٢) . كما أخرج ابن حبان وأحمد عن عمران بن حصين ، أن النبي ﷺ لما جاءته الجهنينة معترفة

(١) راجع سابقاً تكيف البصمة الوراثية - تعريف وأنواع السبب الشرعي .

(٢) سنن ابن ماجه ٢/٨٩٩ رقم ٢٦٩٤ .

بالزنى وتطلب إقامة الحد عليها ، وكانت حاملاً ، أمر أن يحسن إليها حتى تضع ما في بطنها^(١).

الفصل الخامس

حكم زواج المرأة الزانية قبل الوضع أو الاستبراء

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب ، وهي :
المذهب الأول : يرى عدم مشروعية زواج المرأة الزانية إلا بعد الاستبراء بالأقراء أو بوضع الحمل ، سواء أكان الزوج هو الزاني أو غيره .
وهو مذهب الجمهور ، قال به المالكية والحنابلة ، وهو قول أبي يوسف من الحنفية^(٢) .

وحجتهم : أن الاستبراء بالأقراء أمانة لبراءة الرحم فكانت واجبة ؛ حفاظاً على حرمة النكاح من اختلاط الماء الحلال بالماء الحرام .
وإذا كانت المرأة حاملاً فإن براءة رحمها لا يكون إلا بوضع الحمل احتراماً للحمل ؛ إذ لا جناية منه .

المذهب الثاني : يرى مشروعية زواج المرأة الزانية وبنائها بالزوج ، سواء أكان هو الزاني أو غيره ، وسواء أكانت حاملاً أو غير حامل .
وهو مذهب الشافعية في الأصح^(٣) .

وحجتهم : أن ماء الزنى ماء هدر ، لا حرمة له ، ولا يوجد ما يمنع من إتمام الزواج .

(١) صحيح ابن حبان ٢٨٩/١٠ رقم ٤٤٤١ ، مسند الإمام أحمد ٤/٤٤٠ رقم ١٩٩٦٨ .

(٢) واستثنى أبو يوسف من هذا الحكم حال ما إذا كان الزوج هو الزاني وكانت غير حامل فيصح له الزواج والبناء - انظر في فقه المذاهب : حاشية ابن عابدين ٢/٢٩٢ ، الفواكه الدواني ٢/٣٤ ، ٩٧ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢/٤٧١ ، كشف القناع ٥/٨٣ .

(٣) المهذب ٢/٤٣ - باب النكاح (من يحرم عليه نكاحه) ، ١٤٥/٢ ، (كتاب العدد) .

المذهب الثالث : يرى التفصيل بين أن يكون الزوج هو الزاني أو غيره ، فإن كان هو الزاني صح له العقد والبناء بزوجه التي زنى بها ، سواء أكانت حاملاً أو غير حامل .

أما إذا كان الزوج غير الزاني فيصح العقد ، ولكن في البناء تفصيل ، فإن كانت غير حامل صح البناء . أما إن كانت حاملاً فيحرم البناء حتى تضع .

وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن ، وهو الوجه الثاني عند الشافعية^(١) ، ومذهب ابن حزم قريب من هذا^(٢) .

وحجتهم : هي الجمع ما بين أدلة المذهبين السابقين .

والمذهب المختار : هو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن - أصحاب المذهب الثالث - تستراً على المرأة ، ولأنه لا يوجد اختلاط بين الأنساب إذا كان الزاني هو الزوج .

ويلاحظ : أن في المسألة آراءً أخرى ضعيفة آثرنا عدم ذكرها ، كما ذهب بعض الإباضية إلى أن الزانية تحرم على الزاني تحريماً مؤبداً^(٣) .

(١) مراجع المذهبين السابقين .

(٢) يقول ابن حزم : «إن حملت المرأة من زنى أو نكاح فاسد مفسوخ أو كان نكاحها صحيحاً ففسخ لحق واجب أو كانت أمة فحملت من سيدها ثم أعتقها أو مات عنها ، فلكل من ذكرنا أن تتزوج قبل أن تضع حملها إلا أنه لا يحل للزوج وطؤها حتى تضع حملها» - المحلى ١١٤/١١ .

(٣) النيل ٢٨٩/٣ .

الغصن السادس

رؤيتنا الضهية في إلحاق ولد الزنى بالزاني

بعد استعراض المسألة من جوانبها الرئيسة ، حيث بينت أقوال الفقهاء في تنسيب ابن الزنى ، وأثر ماء الزنى في سراية التحريم بالدم والمصاهرة ، وحكم اعتداد الزانية ، وحكم زواجها ، ومن قبل هذا بينت أحكام اللعان ونفي الولد في الفرع السابق .

بعد ذلك أستطيع القول بأنه لا يوجد دليل من كتاب أو سنة ينهى عن إلحاق ولد الزنى بالزاني . بل إن الشواهد تؤكد على ضرورة إلحاق كل مولود بوالده الطبيعي مع مراعاة ضوابط الاستقرار في الإثبات ، وعدم إغفال عقاب المخطئ الحقيقي وهو الزاني بإنزال حد الله فيه وفقاً لقواعد تنفيذ الحدود شرعاً .

إن المانعين من إلحاق ولد الزنى بالزاني يستندون إلى ما يأتي :

١- قالوا : إن الأبوة شرف ونعمة فلا تنال بحرام ، فيمنع الزاني منها أخذاً

بنقيض قصده .

أقول : إن قرار الحرمان من الأبوة لذلك قرار تأديبي عقابي وليس نصاً ملزماً ،

فلو وجدنا عقاباً آخر مناسباً كان هذا من حقنا . ثم كيف نزل عليه العقاب بما يضر البريء ، وهو الطفل الذي من حقه أن يعيش ، ولا يؤاخذ بجريرة المتسبب في وجوده .

والحقيقة أن خير عقاب في مثل تلك الحال هو أن نلزم الزاني بالولد ليتحمل

عن المجتمع عبء تربيته والإنفاق عليه ، أخذاً بقاعدة إلزام المتسبب ، أو قاعدة « الغنم بالغرم » ، فكما غنم اللذة الرخيصة غرم مسؤولية التربية والإنفاق .

٢- قالوا : إن ماء الزنى ماء هدر ، ولا حرمة له .

أقول : لا دليل على هذه المقولة من كتاب أو سنة ، ولا يجوز الاستدلال بما

أخرجه ابن ماجه والدارقطني من حديث ابن عمر مرفوعاً : « لا يُحَرِّمُ الحرامُ

الحلال » ؛ لما ذكره عبد الحق من أن في إسناد هذا الحديث : « إسحاق بن أبي

فروة » ، وهو متروك . وقال الهيثمي : « إنه روي عن ابن عباس ، لكنه مضعف من

ناحية عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي ، على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب ،

وقال البخاري وأبو داود والنسائي : ليس بشيء .» .

قلت : ولو صح الحديث فليس على ظاهره - كما قال الشيخ الشلبي - رأيت لو بال أو صب خمراً في ماء قليل مملوك لم يكن حراماً ، مع أنه يحرم استعماله . فيجب كون المراد : أن الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراماً^(١) .
وأقول أيضاً : إن ماء الزنى له آثار شرعية كثيرة ، منها أنه يوجب الحد ، ويثبت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع عند الجمهور ، فلو أرضعت الزانية طفلاً كان الزاني والده بالرضاع ، كما يثبت بالزنى العدة للمزني بها على المختار ، فكيف بعد كل ذلك يكون ماءً هدرًا ؟

٣- قالوا : إن حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ينفي النسب عن ابن الزنى ؛ لأنه جاء بغير فراش شرعي .
أقول أولاً : إن النسب في القرآن الكريم ثابت برابطة الدم فقط ، وإنما كان الزواج أو التسري شرطاً لحل العلاقة حتى لا يعتدي أحد على عرض أحد ، قال تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ۝ ﴾
(الفرقان: ٥٤).

يقول ابن كثير : «فهو في ابتداء أمره ولد نسيب ، ثم يتزوج فيصير صهراً ، ثم يصير له أصهار وأختان وقرابات ، وكل ذلك من ماء مهين»^(٢) .
قلت : والآية ضمن آيات تعدد نعم الله على الإنسان مسلماً أو غير مسلم ، فما ينطبق على ثبوت النسب بالماء في أحدهما ينطبق على الآخر .
ولذلك وجدت ابن رشد - وهو من المتشددين في نفي ولد الزنى ، وادعى فيه الإجماع - وجدته يعرف البنت في فصل مانع النكاح بالنسب ، فيقول : «هي اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة»^(٣) .

(١) انظر حديث ابن عمر والجواب عنه في مناقشة دليل مذهب المالكية والشافعية في عدم سرية التحريم بالمصاهرة أو بالدم من ماء الزنى .

(٢) تفسير ابن كثير ٤٣٠/٣ .

(٣) بداية المجتهد ٣٢/٢ - ويلاحظ أن للمالكية قولين في تحريم بنت الزنى نص عليهما ابن رشد في بداية المجتهد ٣٤/٢ . سبق ذكرهما في مسألة سرية التحريم بالمصاهرة أو بالدم من ماء الزنى .

وأقول ثانيًا : الحديث : «الولد للفراش» يثبت ولا ينفي ؛ لأنه كان بمناسبة فض نزاع شب بين سعد بن أبي وقاص وبين عبد بن زمعة ، في غلام . قال سعد : هو ابن أخي عتبة عهد إلي قبل موته أنه ابنه ، وقال عبد بن زمعة : هو أخي ولد علي فراش أبي من وليده .

فنظر النبي ﷺ إلى شبهه فرأى شيئاً بيناً بعتبة بن أبي وقاص ، وكان من المقرر أن يحكم له ، إلا أن قواعد الإثبات التي كانت مستقرة هو الحكم بأغلب الظن والظاهر من الحال ، وهو هنا الفراش ، فقال : « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحَجَر ، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة »^(١) . فقله : « واحتجبي منه يا سودة » دليل على أنه راعى صاحب الماء ، فاعتبر الولد أجنيباً عن سودة ، مع العلم أنه ألحقه بعبد بن زمعة أخي سودة ، فتكون هي بحكم قضاء الرسول ﷺ أخته مباشرة ، يعني محرمة عليه ، ومع ذلك قال : « واحتجبي منه يا سودة » .
 ألا يدل ذلك على اعتبار النبي ﷺ الغلام ابناً للزاني حقيقة ، ولكن بحكم القضاء جعله ابناً لصاحب الفراش؟

ولذلك وجدنا الإمام الشافعي يقول : قوله : «الولد للفراش» له معنيان :
 « أحدهما : هو له ما لم ينفه ، فإذا نفاه بما شرع له كاللعان انتفى . والثاني : إذا تنازع رب الفراش والعاهر فالولد لرب الفراش » . قال ابن حجر تعليقاً على قول الشافعي هذا : « والثاني منطبق على خصوص الواقعة ، والأول أعم »^(٢) .
 وقال ابن رشد المالكي : « أشكل معنى هذا الحديث على أكثر الفقهاء ؛ لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في إثبات النسب »^(٣) .
 وأقول ثالثاً : ما سبق أن حققته^(٤) ، من أن معنى الفراش في الحديث : الجماع ؛ وذلك لاتفاق المسلمين على أن الولد لو أتى في فراش دون الستة أشهر أنه

(١) الحديث سبق تخريجه في دليل الحنفية على نفي القيافة - الباب الأول الفصل الأول . وفي دليل الجمهور على أن ابن الزنى لا ينسب لأب بحال ، وذلك في الفصل الأول من الباب الثاني .
 (٢) فتح الباري ٤٠/١٢ . (٣) بداية المجتهد ٣٥٧/٢ .
 (٤) راجع أدلة ثبوت النسب وحكم تعارضها - محل النزاع ودليل الفراش .

لا ينسب لصاحب الفراش ، ولقوله تعالى : ﴿ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ (النساء: ٢٣) ، فلا يسمى الولد في الفراش من غير ماء الزوج ، ونحن نعلم ، ابناً من الصلب .

وإنما اتفق المسلمون على اعتبار مظنة الفراش في حكم الفراش الحقيقي لعدم ضبطه ومشاهدته ، فأقيمت حالة الزوجية المستقرة أمانة عليه ، فكان التفسير الذي تواطأ عليه الفقهاء للفراش هو مظنته . غير أن هذه المظنة من كثرة استعمالها والتعبير عنها بالفراش الحقيقي توهم الناس أن قيام حالة الزوجية هي الفراش الحقيقي الشرعي ، وليس هذا بصحيح ، بدليل اعتبار الإسلام لنسب وطء الشبهة دون قيام حالة الزوجية .

فلو كان المقصود بالفراش في الحديث : « حالة الزوجية » لما صح للزوج أن ينفي ولد زوجته باللعان ، ولما صح للواطئ بشبهة أن يستلحق ولده من هذا الوطاء .
٤- قالوا : إن النبي ﷺ نفى ولد الملاعنة ولم ينسبه للزاني .

أقول أولاً : إن نفي ولد الملاعنة هو طلب الزوج ، وحقه في ذلك ثابت قضاءً ، فلا يملك أن يمنعه هذا الحق الثابت في كتاب الله ، حيث توافرت أركان القضية ، وهي : رفع الدعوى ، والأيمان في حال عدم وجود دليل آخر ، كما قال تعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ (النور: ٦).

ولذلك قال ابن رشد : « إنه لما كان الفراش موجباً للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فسادهم ، وتلك الطريق هي اللعان»^(١) .
ويقول الزيلعي : « إنما ينفي الولد باللعان لأن المقصود بهذا اللعان نفي الولد ، فيوفر عليه مقصوده»^(٢) .

ومع ذلك فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المرأة لو امتنعت عن اللعان وصدقت زوجها في نفي الولد فلا حد ولا لعان ، ولا ينفي الولد عن والديه .

(١) بداية المجتهد ١١٥/٢ .

(٢) تبين الحقائق ١٩/٣ .

يقول صاحب مجمع الأنهر : « فإن لاعن الزوج وجب اللعان عليها بالنص ، فإن أبت المرأة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدقه ، وإذا صدقته في نفي الولد فلا حد عليها ؛ لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق ، وفي التبيين وغيره : لو صدقته في نفي الولد فلا حد ولاللعان ، وهو ولدهما ؛ لأن النسب إنما ينقطع حكماً باللعان ولم يوجد ، وهو حق الولد ، فلا يصدقان في إبطاله ، وبهذا يظهر فساد ما قيل : فينفي نسب ولدها عنه»^(١).

فالشاهد من هذا النص : أن اللعان غير التام لا حجية له في نفي الولد عند كثير من الفقهاء ، فكيف يقال : إن النبي ﷺ نفى ولد الملاعنة بإطلاق؟

وأقول ثانيًا : القول بأن النبي ﷺ لم يثبت ولد الملاعنة إلى الزاني ليس دليلًا على نفي ذلك ؛ إذ كيف يلحقه والزاني لم يستلحقه ، ولا يوجد دليل قطعي لإلحاقه به . ثم إنه قد صح أن النبي ﷺ اعتبر الشبّه في إثبات النسب في قصة المتلاعنين ، يدل عليه ما ورد في الصحيحين أن النبي ﷺ قال في قصة المتلاعنين : « أبصروها ، فإن جاءت به أبيض سبطًا فهو لزوجها ، وإن جاءت به أكحل جمعًا فهو للذي رماها به » ، فجاءت به على الوصف المكروه ، فقال : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»^(٢). فقوله ﷺ : « فهو لزوجها » ، وقوله : « فهو للذي رماها به » أي أن الولد ينسب لهذا أو لهذا أخذًا بالشبه لبناء النسب على التسامح مراعاة لحق الصغير . وأما الوعيد في الحديث : « لكان لي ولها شأن » فالمقصود به : إنزال العقاب بها لما جاءت به على الوصف المكروه ، وهو ما لم يفعله الرسول ﷺ لبناء الحدود على الدرء بالشبهات .

(١) مجمع الأنهر ١/٤٥٧ باب اللعان ، وانظر أيضًا المغني مع الشرح الكبير ٩/٣٧٣ وقد سبق ذكر المسألة في شروط ثبوت نفي الولد باللعان - وكما ستأتي في مسألة نكول أحد الزوجين عن اللعان مع أدلة ثبوت الحدود الشرعية .

وقد ذكرت مذهب المالكية والشافعية أن اللعان يتم بأيمان الزوج وعلى الزوجة أن تنفي باللعان أو تقر فيطبق عليها الحد .

(٢) سبق الحديث في دليل الجمهور على مشروعية العمل بالقيافة ، وفي دليل من ذهب إلى تنسب ابن الزنى منه .

وإذا قيل : لماذا لم يحكم النبي ﷺ في هذه القصة بإلحاق الولد للزاني؟ .

قلت : لقد حكم النبي ﷺ بقوله : « فهو للذي رماها به » .

هذا ، فضلاً عن أن قصة المتلاعنين عندما عرضت أمام النبي ﷺ لم تعرض إلا من الزوج ضد زوجته ، ولم يختصم الزاني طرفاً ثالثاً ، فلو أنه كان قد اختصمه لثبت لنا حكم النبي ﷺ فيه صراحة .

ويجب التنبه إلى أن نفي الولد باللعان لا يمنع عقلاً ولا شرعاً من قيام أحد المعنيين باستلحاقه .

يقول الكمال بن الهمام : « لو ادعى شخص نسب ولد الملاعة قُبِلَ منه وثبت النسب ، لإمكان كونه وطئها بشبهة^(١) » .

هذا ، وقد أحسنت هذه المرأة الملاعة تربية ولدها الملاعن ، حتى أخبرنا عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « فكان بعد ذلك أميراً على مصر ، وكان يدعى لأمه ولا يدعى لأب^(٢) » .

٥- قالوا : إن إلحاق ولد الزنى بالزاني مخالف للإجماع الذي عليه الفقهاء .

أقول : ليس هذا إجماعاً ؛ لما فيه من خلاف حكاة ابن رشد وابن قدامة وذكره ابن حجر ، وإن وصفوه بالشذوذ في موضع^(٣) ، وبالقللة في موضع آخر^(٤) . كما ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للزاني أن يتزوج المزني بها ويلحق الحمل الذي منه به ، إذا كانت الزانية خلية ، أي غير ذات زوج .

(١) شرح فتح القدير ٢٦٢/٣ .

(٢) تفسير ابن كثير ٣٥٦/٣ .

(٣) قال ابن رشد : « وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنى في الإسلام » - من مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث في باب الحجب - بداية المجتهد ٣٥٨/٢ - وقال ابن حجر : « وقد تمسك بالعموم في معنى حديث « الولد للفراش » الشعبي وبعض المالكية ، وهو شاذ . ويجب حمل الحديث على من له الاختصاص بالوطء كالزوج والسيد » - فتح الباري ٤٠/١٢ .

(٤) قال ابن رشد في باب النكاح - فصل المصاهرة ما نصه : « أجمع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنى » - بداية المجتهد ٣٥/٢ - وقال ابن قدامة : « ولد الزنى لا يلحق الزاني في قول الجمهور » - المغني ٤٩٢٢/٦ .

ثم إنني أقول : إن هذا الإجماع المدعى على منع نسب ولد الزنى من الزاني يعارضه إجماع آخر ، وهو مشروعية الاستلحاق ممن يطلبه بشروطه ، التي أهمها أن يمكن أن يكون الولد منه ، وأن لا ينازعه في ادعائه أحد ، ولا يشترط في كل حال أن يثبت المستلحق الفراش الشرعي .

يقول ابن تيمية : « لو استلحق مجهول النسب ، وقال : إنه ابني ، لحقه باتفاق المسلمين ، إذا كان ذلك ممكناً ، ولم يدع أحد أنه ابنه »^(١) .

وأقول أخيراً : إنه إجماع لا سند له ، بل هو قائم على التناقل من بعض الكتب ولا يعرف له مصدر ، فكتاب الإجماع لابن المنذر والذي يشتمل على ٧٦٦ مسألة إجماعية في أكثر أبواب الفقه^(٢) ، لم يتضمن خبراً واحداً عن إجماع المسلمين في نفي نسب ولد الزنى وعدم مشروعية إلحاقه بصاحب الماء ، لا من قريب ولا من بعيد .

(١) مجموع الفتاوى ١٠/٣٤ باب ما يلحق من النسب . صحيح يشترط الجمهور لقبول هذا الاستلحاق أن لا يعلن المستلحق أنه ابنه من الزنى ، فإن صرح بذلك لم ينسب له ، وإن لم يصرح ألحقناه به دون استفعال منه ، إذا كان ذلك ممكناً عقلاً وتصوراً . وسيأتي هذا التفصيل في أحكام اللقيط ، بإذن الله تعالى .

(٢) هذا وقد عرف المحقق « أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنفي » بالكتاب وصاحبه في مقدمة الكتاب ، فكان مما كتب عنهما ما يلي :

١- صاحب الكتاب هو : أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري . ولد بنيسابور ٢٤٢هـ وتوفي سنة ٣١٨هـ على الأصح . قال عنه الشيرازي : « صنف في اختلاف العلماء كتباً لم يصنف أحد مثلها ، واحتاج إلى كتبه الموافق والمخالف » - طبقات الفقهاء ص ٨٩ . وله عشرات الكتب منها : تفسير القرآن الكريم ، اختلاف العلماء ، المبسوط ، الأوسط وهو اختصار المبسوط ، والأشراف وهو اختصار الأوسط ، وإجماع الأئمة وهو اختصار الأشراف ، وله أيضاً كتاب السياسة وكتاب الاقتصاد في الإجماع ، ورحلة الإمام الشافعي ، جامع الأذكار ، وغيرها كثير .

٢- اختلف العلماء في تحديد معنى الإجماع ، فمنهم من قال : هو اتفاق الجمهور على قول وإذا خالفهم واحد من العلماء فلا يلتفت إلى ذلك الواحد . وإلى هذا ذهب ابن جرير الطبري - الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥٠٧/٤ ، الإحكام للآمدي ٢٣٥/١ . وقال الغزالي : الإجماع هو اتفاق أمة محمد ﷺ خاصة على أمر من الأمور الدينية - المستصفى ٧٣/١ .

قال الآمدي : هو اتفاق المكلفين من أمة محمد ﷺ في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع - الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١٩٦/١ .

لقد تناولت الكتاب سطرًا سطرًا ، وبخاصة مظان موضوعاته في أبواب القضاء ،
والتنازع ، والمحرمات في النكاح ، والحدود ، واللعان ، والمفقود ، والميراث .
ولا يوجد لذلك ذكر ، مع شهرة إشكالية المسألة ؛ لأن وجود ابن الزنى لا يخلو
من زمن . فمن أين جاء هذا الإجماع المزعوم؟

٦- قالوا : إن إلحاق ابن الزنى بالزاني يجعل للحرام أثرًا ، مما يشجع على
الاعتصاب .

أقول : الاعتصاب قائم في حال اعوجاج الأخلاق ، والزواج العرفي منتشر ؛
خاصة مع بعض الفتاوى التي لا تمنعه في ظل نظام التوثيق المحكم . ولعل من
أهم أسباب انتشار تلك الأمراض : الزيادة السكانية الهائلة ، مع عدم الزيادة في
الجوانب الدينية والأخلاقية وتشغيل العمالة العاطلة ، ثم الغزو الثقافي الغربي بعد
الانفتاح العالمي في شتى الوسائل الفضائية والإعلامية . وهذا مدعاة لأهل الذكر
في الفقه الإسلامي أن يعيدوا النظر في بعض المسائل المتوارثة والتي أساسها
الاجتهاد والرأي المبني على سياسة الملاءمات ، حتى لا تتسع الفجوة بين الفقه
الإسلامي وبين الواقع الحياتي .

وأما القول : بأن الحرام سينتج أثرًا لو ألحقنا ولد الزنى بالزاني فالجواب عنه
من وجهين :

الوجه الأول : أن هذا أخف الضررين ، أحدهما : ضياع الولد وإلقاؤه على
أعتاب المساجد أو بجوار صناديق القمامة . ثانيهما : تنسيب الولد للفاعل والذي
سيأخذ جزاءه بالعقاب الشرعي المعروف ، فإن مات تولى الطفل عصبه الفاعل
الآثم .

الوجه الثاني : أنه ليس بالضرورة أن لا يثمر الحرام ، فمن الحرام الذي له أثر
وثمره : شرب الخمر عمدًا ، والذي يرتب إنفاذ التصرفات عند الجمهور . واعتصاب
الإمامة (الرياسة) الذي يرتب إنفاذ حكم الحاكم الجديد ووجوب السمع والطاعة
له عند عدم إمكان دفع الغاصب ؛ لعدم الفتنة وحقنا للدماء . وغير ذلك كثير .

٧- قالوا : نحن لا نعرف الفاعل الحقيقي الذي منه ولد الزنى ؛ لأن الإخبار
سيكون من جهته أو من جهتها ، وهما فاسقان لا شهادة لهما .

أقول : إن هذه شهادة على النفس فتقبل لمظنة الصدق ؛ إذ لا يعقل أن يشهد أحد على نفسه بما يلزمها بالواجبات إلا أن يكون صادقاً غالباً ، وليست هذه شهادة للغير فلا تقبل . وإنما منع الفاسق من الشهادة للغير لمظنة الكذب ، بخلاف الشهادة على النفس ؛ قياساً على قبول الاستلحاق والإقرار بالنسب شريطة أن لا ينازعه أحد فيما ادعاه ، وأن يكون ممكناً عقلاً بأن لا يقر بنسب من يساويه في السن .

كما أن الأمر لو كان يرجع إلى عدم معرفة الفاعل الحقيقي فالحكم إذن لا يرجع إلى إسقاط نسب الزاني وإنما يرجع إلى العجز عن الإثبات ، وتلك مسألة مرجعها قواعد الإثبات وقد أغنانا الإسلام بالتوسع في ذلك حتى شرع القيافة ، كما هو مذهب الجمهور .

٨- قالوا : كيف يستوي ابن الزنى مع ابن النكاح في النسب .

أقول : إن النسب في الإسلام درجات ، وقد أشار الرسول ﷺ لذلك فيما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « تنكح المرأة لأربع : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها . فاظفر بذات الدين تربت يداك »^(١) . فقد عرّف الإسلام تدرج الأنساب ، وهو معمول به في كل دول العالم ، وأتساءل في زمن التسري الذي لم ينقطع إلا قريباً ، في منتصف القرن العشرين وبالتحديد سنة ١٩٤٨م : أين يقع نسب ابن السيد من زوجة حرة ، ونسب ابن السيد من أمته؟ . كما أتساءل في كل زمن : أين يقع نسب ابن الرجل من زوجته ، ونسب ابن الرجل من موطوءته بشبهة؟ لقد ذهب أكثر الفقهاء إلى تنسيب ابن الوطاء بشبهة للفاعل ، وصورة ذلك : أن يطاء الرجل امرأة أجنبية في فراشه ، ظنّها زوجته ، وهي في الحقيقة جارته أو أخت زوجته أو زوجة أخيه . هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى استبراء تلك المرأة ، فإن كان لها زوج امتنع عنها حتى تضع الحمل الذي ليس منه ، وينسب للفاعل أباً ، وللمرأة أمّاً . فإن نازع الزوج وقال هو مني وليس من الفاعل احتكمتنا للقيافة عند الجمهور ، وينسب للثنتين جميعاً عند الحنفية .

(١) صحيح البخاري ١٩٥٨/٥ رقم ٤٨٠٢ ، صحيح مسلم ١٠٨٦/٢ رقم ١٤٦٦ .

أقول : هل يجيز الفقه الإسلامي ذلك في الوطء بشبهة ، ولا يجيزه في الزنى؟
يقال : الوطء بشبهة لا إثم فيه بخلاف الزنى .

قلت : والزنى فيه عقاب محدد وهو الحد ، فهلاً يكفي عقاب الله بالحد ، لماذا
نضيف عليه عقاباً من عندنا وهو الحرمان من النسب ، الذي لا يعتبر عقاباً للفاعل
الآثم بقدر ما هو عقاب للطفل البريء؟

٩- قالوا : إن النبي ﷺ لم ينسب ابن الجهنية وهي المعروفة بالغامدية من
ماعز^(١) .

أقول : كيف يكون هذا والتسبب لا يكون إلا بحجة أو مظنتها أو إقرار من
المستلحق الذي هو طالب النسب ، لما يترتب على التسبب من مؤنة النفقة
والرعاية .

ولا توجد حجة ولا مظنة الحجة التي هي حالة الزوجية ، أو حالة اختصاص
امرأة برجل ، كما لا يوجد إقرار من الفاعل بتسبب الحمل إليه ، وإنما اقتصر
إقراره على فعل الزنى ، الذي يريد أن يتطهر منه ، ولعل الغامدية كانت معروفة
بالزنى معه ومع غيره .

أقول : وتقتصر الحجة على مظنتها في حالتي الزوجية والتسري فقط ،
ولا يقاس عليهما الزنى ؛ لأن الزوج من حقه النفي باللعان ، كما أن له حق مراقبة
زوجته ومنعها من الانحراف . وللسيد الحق في نفي الولد بدون لعان ، كما أن له
تحصين جاريته . أما الزاني لو اعتبرنا الفعل مظنة وجود الحمل منه ، فأين حقه في
النفي ، ولا لعان له ، وأين حقه في منع المزني بها من معرفة غيره؟ لذلك اعتبرنا
الأصل في الزواج وجود الحمل ؛ لأن هذا مقصده ، واعتبرنا الأصل في الزنى المتعة
الرخيصة لأنها مقصده .

(١) حديث الغامدية رواه مسلم ، وفيه أن النبي ﷺ ، ردها حتى تضع ثم ردها حتى ترضعه وتظلمه .
ثم جاءت تطلب الحد فأمر النبي ﷺ به بعد أن قام رجل من الأنصار فقال : إني رضاعة - يقول
الصنعاني عن النووي : وكان هذا بعد الفطام ، وأراد برضاعه : كفالته وتربيته ، وسماه رضاعاً
مجازاً - انظر الحديث في بلوغ المرام وشرحه في سبل السلام ٣/١٢٨٠ ، ١٢٨١ ، رقم ١١٣٥ ،
وانظر الحديث في صحيح مسلم من حديث بريدة ٣/١٣٢٢ رقم ١٦٩٥ .

وجعلنا في مقابل ذلك : أن من حق الزوج نفي الولد باللعان إذا غلب على ظنه أنه ليس منه ، ومن حق الزاني أن لا يستلحق الولد إذا غلب على ظنه أنه ليس منه .
 ١٠ - قالوا : إن السبب الحقيقي وراء عدم تنسيب ابن الزنى من الزاني هو عدم التيقن من كونه صاحب الماء الذي كان منه الحمل ، بخلاف الزواج ، كما يقول الشيرازي : « فإن الظاهر مع وجود هذه الشروط (وهي كما ذكرها قبيل ذلك : قيام الزوجية ، واجتماع الزوجين ، وهما ممن يولد لمثلهما) يمكن أن يكون الولد منه ، وليس هنا ما يعارضه ولا ما يسقطه ، فوجب أن يلحق به »^(١) .

أقول : أما الزنى فمسألة غير منضبطة ، ولذلك وجدت الشافعية - وهم أكثر المذاهب الإسلامية تشدداً في المسألة ، حتى أجازوا للزاني أن يتزوج ابنته من الزنى لقولهم إن ماء الزنى ماء هدر لا حرمة له - أراهم يترددون في هذه الفتوى ، حتى قال الإمام الشافعي : « أكره أن يتزوجها فإن تزوجها لم أفسخ » .

يقول الشيرازي شارحاً لقول الإمام : « فمن أصحابنا من قال : إنما كره خوفاً من أن تكون منه ، فعلى هذا إن علم قطعاً أنها منه - بأن أخبره النبي ﷺ في زمانه - لم تحل له . ومنهم من قال : إنما كره ليخرج من الخلاف ؛ لأن أبا حنيفة يحرمها ، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم ، وهو الصحيح ؛ لأنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب ، فلم يتعلق بها التحريم »^(٢) .

ثم أقول : وبعد ثبوت وانتشار العمل بالبصمة الوراثية في الدول المتقدمة ، ودلائها القطعية في تحديد صاحب الماء الذي منه الولد ، هل يجوز لنا أن نتجاهل هذا النور وتلك الحقيقة ، ونظل نتمسك بشكوك حسمها العلم وقضى عليها .

قولنا الفصل في تنسيب ابن الزنى من الزاني

أولاً : إن تنسيب ابن الزنى من الزاني ليس تكريماً له ولا ينفي بشاعة فعلته ، فهو لا يزال في نظر الشارع مجرمًا يستحق حد الله فيه ، ولكن التنسيب قائم على المجازاة لتنسيب الأم .

(٢) المهذب ٤٣/٢ .

(١) المهذب ١٢٠/٢ .

لقد أجمع المسلمون - بحق - على تنسيب ولد الزنى من الزانية لفعل النبي ﷺ ذلك مع ابن الملاعنة وابن الغامدية ، ولقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا هُنَّ لِحَافٍ لِّأُولَىٰ ذَٰلِكُمْ وَلَهُنَّ مِثْرُ مَا لَهُمْ مِمَّا رَزَقُوا مِنَ اللَّهِ وَمَا لَكُم بِهِ سُلْطَانٌ وَلَا يَكُونُ لَكُم مِّنْهُ حِسَابٌ ۚ وَلَدَّتْهُمُ ۙ ﴾ (المجادلة: ٢).

ويعلل الفقهاء ذلك : بأن الأم معروفة قطعاً بخلاف الفاعل ، فإذا ما أرسل الله إلينا رسول العلم بالبصمة الوراثية لمعرفة الفاعل قطعاً ألا ينطبق الحكم على الأب أيضاً ، فيكون الأب كما قال تعالى : ﴿ وَحَلَّلِيلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ (النساء: ٢٣)

ثانياً : إذا صح تنسيب ولد الزنى غير المسلم من أبيه غير المسلم في حكمنا دون برهان إلا بادعائهم ، فلماذا لا يحصل المسلم على تلك الميزة مع اشتراط البرهان ؛ لأن ديننا هو دين الحق .

يقول ابن تيمية : « إن المسلمين متفقون على أن كل نكاح اعتقد الزوج أنه نكاح سائغ إذا وطئ فيه فإنه يلحقه فيه ولده ويتوارثان باتفاق المسلمين ، وإن كان ذلك النكاح باطلاً في نفس الأمر باتفاق المسلمين ، سواء كان النكاح كافراً أو مسلماً . واليهودي إذا تزوج بنت أخيه كان ولده منها يلحقه نسبه ويرثه باتفاق المسلمين ، وإن كان ذلك النكاح باطلاً باتفاق المسلمين ، ومن استحله كان كافراً تجب استتابته»^(١) .

ثم إننا نرخص للزاني وغيره أن يستلحق من الأطفال من شاء بمجرد الإقرار أو الادعاء أنه منه دون استفصال عن حقيقة العلاقة التي جاء منها الولد ، كما ذهب إلى ذلك أكثر أهل العلم ، ويقولون : « لأنه نفع محض للطفل لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبل كما لو أقر له بمال»^(٢) .

(١) مجموع الفتاوى ١٣/٣٤ ، ١٤ .

(٢) بدائع الصنائع ١٩٩/٦ ، روضة الطالبين ٤٣٧/٥ ، المغني ٧٦٣/٥ ، مجموع الفتاوى ١٠/٣٤ - صحيح ذهب المالكية إلى عدم قبول الإقرار أو الادعاء إلا بشاهدين وهو القياس عند الحنفية والاستحسان مع الجمهور - بدائع الصنائع - المرجع السابق - حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ١٢٦/٤ ، بداية المجتهد ٣٥٧/٢ . وانظر التفصيل في حكم تنسيب مجهول النسب (اللقيط) قريباً .

فلماذا لا نعلنها صراحة في تنسيب ولد الزنى من صاحب الماء ، مع التأكيد على ضرورة إقامة حد الله تعالى على كل مخطئ ؛ عملاً بقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ (النور: ٢).

لماذا هذا التوجه في إلحاق أولاد الزنى ؟

أولاً : لظهور « البصمة الوراثية » التي هي حجة الله في الأرض على من عرفها .
ثانياً : إنقاذ المتشردين من أطفال المسلمين ، وتقليل ظاهرة إلقاء المولودين على أعتاب المساجد ، أو بجوار صناديق القمامة وأحياناً بداخلها .
ثالثاً : تحميل المتسبب مسؤولية التربية والإنفاق « الغنم بالغرم » ، فكما غنم اللذة غرم التربية والنفقة .

رابعاً : التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب ، عندما تستغل المرأة غفلة زوجها فتلحق بزوجها من ليس منه ، وقد صح عن النبي ﷺ - فيما أخرجه أبو داود والنسائي وابن حبان ، عن أبي هريرة - أنه قال : « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ، ولم يدخلها الله جنته »^(١).

خامساً : التقليل من ظاهرة التبني الشائعة في بلاد المسلمين على الرغم من تحريم الله تعالى لها قطعاً في كتابه : ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۖ وَمَا جَعَلَ أَرْوَاجَكُمْ أَلْتِي تَظْهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ۚ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۚ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٥٤﴾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ۚ وَلَكِنْ مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴾ (الأحزاب: ٤، ٥).

هذا ، فإن كان خطأ فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه براء ، وإن كان صواباً فمن فضل الله سبحانه ، وأتمثل قول الله تعالى على لسان شعيب ، عليه

(١) سبق الحديث بتخرجه في أثر ثبوت النسب وحكم التبرؤ منه .

السلام : ﴿ إِن أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ
وَأَلَيْهِ أُنِيبُ ﴾ (هود: ٨٨).

وكم أرجو أن يكون حظي يوم القيامة - في هذا الاجتهاد - أجرين ؛ لعموم
ما أخرجه الشيخان من حديث عمرو بن العاص ، أن النبي ﷺ قال : « إذا حكم
الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر »^(١).

الغصن السابع

موقف البصمة الوراثية من تنسيب ابن الزنى

إن البصمة الوراثية لا تعرف من العلائق سوى العلاقة الطبيعية ، التي أصلها ماء
الرجل وبيضة الأنثى ، وتستطيع التعرف على حقيقة نسب أي إنسان من جهتي الأم
والأب الطبيعيين، دون النظر إلى طبيعة العلاقة بين الرجل والمرأة، نكاح أو سفاح.
والبصمة الوراثية ترشد الفقيه بحقيقة قطعية عند تحديدها للرجل المتسبب في
وجود الولد .

وإذا ما أخذنا بمذهب الجمهور من نفي ابن الزنى من الزاني ، فإن البصمة
الوراثية التي تعين وتحدد الزاني تكون حجة على هذا الجمهور في مساءلة الزاني ،
فإن أقر بالزنى وجب الحد ، وإن لم يقر أو ادعى الشبهة فالواجب على الجمهور
أن يلحقوا نسب الولد لهذا الفاعل باعتبار أنه وطء بشبهة ، وهو وطء يفيد النسب
عندهم .

أما إذا أخذنا بما ذهبنا إليه من تنسيب ابن الزنى للزاني إن علمناه - كما هو
قول الشعبي وإسحاق وعروة وسليمان بن يسار ، وبعض المالكية - بالبصمة
الوراثية حجة في إثبات النسب للتأكد من الفاعل الحقيقي .

(١) صحيح البخاري ٦/٢٦٧٦ رقم ٦٩١٩ ، صحيح مسلم ٣/١٣٤٢ رقم ١٧١٦ .

الفرع الرابع

نسب مجهول الهوية (اللقيط ونحوه) وموقف البصمة الوراثية منه

يدخل مع اللقيط في حكم التنسيب كل مجهول الهوية من الأبوين ، وأذكر فيما يلي تعريف اللقيط وحكم التقاطه ، ثم أبين أحكام تنسيبه ، كما أبين موقف البصمة الوراثية منها .

أولاً : تعريف اللقيط وحكم التقاطه :

اللقيط في اللغة : فعيل بمعنى مفعول . تقول : لقط الشيء لقطاً ، أي أخذه من الأرض . فهو لاقط و لقاط - بتشديد القاف - ولقاطه - بتشديد القاف أيضاً - والمفعول : ملقوط و لقيط . وغلب اللقيط على المولود المنبوذ . وهو الطفل الذي يوجد مرمياً على الطرق لا يعرف أبوه ولا أمه^(١) .

واللقيط في اصطلاح الفقهاء ، هو : « اسم لمولود حي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو التهمة »^(٢) . وقيل هو : « الصبي الصغير غير البالغ وإن كان مميزاً »^(٣) .

وقد أجمع أهل العلم على أن التقاط اللقيط واجب إن خيف هلاكه ، بأن كان في مفازة ونحوها من المهالك ؛ صيانته له ودفعاً للهلاك ، كمن رى أعمى يقع في بئر ونحوها وأمكته حفظه من الوقوع فإنه يجب عليه ذلك .

أما في حال عدم الخوف من هلاك اللقيط كما لو جد في مصر ، فقد اختلف الفقهاء في حكم التقاطه على مذهبين :

المذهب الأول : يرى أن التقاطه فرض كفاية إذا قام به واحد سقط على الباقيين ، وإلا أثموا جميعاً .

(١) لسان لعرب ، القاموس المحيط ، المعجم الوسيط - مادة : لقط .

(٢) مجمع الأنهر ١/١٠٧ - وقريب من هذا التعريف الذي اشترط أن يكون اللقيط دون التمييز في فقه المذاهب : شرح الخرشي ٧/١٣٠ ، روضة الطالبين ٥/٤١٨ ، النظم المستعذب شرح غريب المهذب ١/٤٣٤ ، كشاف القناع ٤/٢٦٦ .

(٣) ذكر هذا التعريف ابن رشد في بداية المجتهد ٢/٣٠٩ .

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، قال به المالكية والشافعية والحنابلة^(١) .

وحجتهم : من الكتاب والمعقول .

١- أما دليل الكتاب : فمنه قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (المائدة: ٢) .

يقول ابن كثير : « يأمر الله تعالى عباده المؤمنين بالمعاونة على فعل الخيرات وهو البر »^(٢) . والأمر للوجوب ، ويتحقق بفعل البعض في اللقيط إذ لا يتصور عقلاً أن يلتقطه جمع لعدم الحاجة إليهم .

ويدل من الكتاب - أيضاً - قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة: ٣٢) .

يقول ابن كثير : « إن إحياء النفس يكون بعدم قتلها ، فذلك الذي أحيا الناس جميعاً ، يعني أنه من حرّم قتلها إلا بحق حي الناس منه ، وهكذا قال مجاهد : ومن أحياها ، أي كف عن قتلها »^(٣) .

أقول : وفي أخذ اللقيط إنقاذ له من الموت والهلاك .

٢- وأما دليل المعقول : فهو أن أخذ اللقيط تخلص لآدمي له حرمة من الهلاك ، فكان فرضاً كبذل الطعام للمضطر^(٤) .

المذهب الثاني : يرى أن أخذ اللقيط سنة وليس واجباً .

وإلى هذا ذهب الحنفية^(٥) .

وحجتهم : أن هذا من صنائع المعروف ، وهي سنة ؛ لما أخرجه مسلم عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا

(١) بداية المجتهد ٢/٣٠٩ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/١٢٤ ، المهذب ١/٤٣٤ ، مغني

المحتاج ٢/٤١٨ ، المغني ٥/٧٤٧ ، كشاف القناع ٤/٢٢٦ .

(٢) تفسير ابن كثير ٢/١٠٠ .

(٣) تفسير ابن كثير ٢/٦٦ .

(٤) المهذب ١/٤٣٤ .

(٥) مجمع الأنهر ١/٧٠١ ، حاشية ابن عابدين ٣/٣١٨ ، بدائع الصنائع ٦/١٩٩ .

والآخرة ، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»^(١).

والمذهب المختار : هو ما ذهب إليه الجمهور ، من المالكية والشافعية والحنابلة - أصحاب المذهب الأول - القائلون بوجوب التقاط اللقيط على الكفاية ، حتى مع عدم الخوف على هلاكه ؛ لقوة أدلتهم وظهورها ، ومراعاة للكرامة الإنسانية .
ثانياً : أحكام تنسيب اللقيط :

١- أحكام اللقيط الخاصة إذا لم يستلحقه أحد .

إن تلقف اللقيط ورعايته وتربيته والحفاظ عليه لا يعني انتسابه لمن يلتقطه ، حتى وإن طال الزمان وظن الناس ذلك ؛ لأن للنسب طريقاً واحداً ، وهو الدم مع اشتراط العلاقة الشرعية (النكاح والتسري) لحل تلك العلاقة ، عند جمهور الفقهاء . وذهب بعض السلف وبعض المالكية إلى أن النسب يثبت بطريق الدم خاصة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ۝ ﴾ (الفرقان: ٥٤)

وعلى هذا ، فإذا لم يعرف للقيط أهل كان ولاؤه للمسلمين جميعاً ، وينتقى له اسم دون أن يلحق بأحد ، ويحكم له بالإسلام والحرية ، ويرثه بيت المال ، لأنه لجميع المسلمين ، وهم ورثة كل مال لا مالك له . ويجب أن يسلم اللقيط ليد أمين ، وينزع من يد الفاسق والمبذر .

يقول ابن المنذر : « أجمعوا أن اللقيط حر ، وإذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً أن غسله ودفنه يجب في مقابر المسلمين ، وما وجد معه من ماله أنه له »^(٢) .

ويقول الكاساني الحنفي : « ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد ، فكان عقله (أي ديته) على بيت المال ، كما أن ميراثه لبيت المال ؛ لأنه حر »^(٣) .

(١) صحيح مسلم ٢٠٧٤/٤ رقم ٢٦٩٩ .

(٢) الإجماع ص ١٣١ رقم ٥٧٠ ، ٥٧١ ، ٥٧٥ .

(٣) بدائع الصنائع ١٩٩/٦ ، وانظر أيضاً : مجمع الأنهر ٧٠٢/١ .

ويقول ابن رشد المالكي: «يحكم له بحكم الإسلام إن التقطته في دار المسلمين، ومذهب مالك أنه حر وولاؤه للمسلمين»^(١).

وقال الإمام الشافعي: «واللقيط مسلم حر في كل حالاته؛ لأن أصل الناس الحرية حتى يعلم أنهم غير أحرار»^(٢).

ويقول ابن قدامة الحنبلي: «ولاء اللقيط لسائر المسلمين، فإن اللقيط حر ولا ولاء عليه، وإنما يرثه المسلمون لأنهم حولوا كل مال لا مالك له، ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط، فكذلك اللقيط».

ويقول ابن قدامة: «إن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي. قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر، وهو قول عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز والحكم وحماد والثوري وإسحاق. وقال النخعي: إن التقطه للحسبة فهو حر وإن أراد أن يسترقه فله ذلك، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء، ولا يصح في النظر، فإن الأصل في الأدميين الحرية، لأن الله خلق آدم وذريته أحراراً، وإنما الرق للعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل»^(٣).

وقال ابن حزم الظاهري: «اللقيط حر، ولا ولاء عليه؛ لأن الناس كلهم أولاد آدم وزوجه حواء، عليهما السلام، وهما حران، وأولاد الحررة أحرار بلا خلاف، إلا أن يوجب نص قرآن أو سنة، ولا نص فيهما يوجب إرقاق الرقيق»^(٤).

كما يرى الشيعة الزيدية أن الأصل في اللقيط الحرية، وأن ولاءه للمسلمين عامة وميراثه لبيت المال ما لم تقم بينة على رقه أو على نسبه^(٥).

(١) بداية المجتهد ٢/٣١٠.

(٢) الأم ٦/٢٤٧، وانظر أيضاً: المهذب ١/٤٣٤.

(٣) المغني ٥/٧٤٨، وانظر قول ابن المنذر في كتابه الإجماع ص ١٣١ رقم ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٥.

(٤) المحلى ٩/١٦٢.

(٥) البحر الزخار ٤/٢٨٨.

إلا أن الشيعة الإمامية يرون أن ميراثه للإمام ، ويتفقون مع الجمهور في أن ولاء للمسلمين . يقول صاحب الروضة البهية : « ولا ولاء عليه للملتقط ولا لغيره من المسلمين خلافاً للشيخ ، بل هو سائبة يتولى من يشاء . وإن مات ولا وارث له فميراثه للإمام . وعاقلته الإمام دون الملتقط إذا لم يوال أحداً بعد بلوغه ولم يظهر له نسب»^(١) .

٢- أحكام اللقيط إن ادعاه أو استلحقه الملتقط أو غيره :

إن الأمر يختلف بحسب انفراد المدعي أو تعدده ، وأبين ذلك فيما يلي :

الحال الأولى : إذا كان المدعي أو المستلحق واحداً ، دون منازع له .

اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين :

المذهب الأول : يرى جواز ادعائه واستلحقه إذا لم ينازعه أحد ، سواء أكان هو

الملتقط أم غيره ، إن أمكن أن يكون منه ، ودل ظاهر الحال على صدقه .

ويستوي أن يكون المدعي مسلماً أو ذمياً مع توافر شرط الحرية فيهما ، كما

يشترط لاستلحاق الذمي أن لا يلحق اللقيط بدينه للحكم عليه بالإسلام بمجرد

التقاطه في دار الإسلام وإن نسب إلى الذمي من جهة الدم ، هذا إذا كان ادعاؤه بدون

بينة من شهادة ، فإن أتى بشهادة تدل على ادعائه سلم اللقيط له ويتبعه في النسب

والدين .

وإذا كان المدعي عبداً تصح دعواه ويثبت له النسب لكن يحكم على اللقيط

بالحرية ؛ لأنها الأصل ، إلا إذا كانت بينة أخرى فيحكم بالبينة .

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، قال به الحنفية استحساناً^(٢) ، وهو قول ضعيف

(١) الروضة البهية ٢/٢٤١ .

(٢) مجمع الأنهر ١/٧٠٢ ، بدائع الصنائع ٦/٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين ٣/٣١٩ .

عند المالكية^(١) ، كما أنه مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية^(٢) . وقد حكى ابن المنذر الإجماع في ذلك ، فقال : « أجمعوا على أن الرجل إذا قال : هذا الطفل ابني ، وليس للطفل نسب معروف ينسب إليه ، أن نسبه يثبت بإقراره »^(٣) .
وحجتهم : من أربعة أوجه .

الوجه الأول : أن الأنساب موضوعة على الاستلحاق ، وأكثرها لا يثبت إلا بإقرار الأب بالوطء ، أو بأنه ولده ، فإذا لم يكن هناك نسب مانع لحق بمن استلحقه^(٤) .

الوجه الثاني : أن الإقرار بالنسب نفع للطفل لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبل كما لو أقر له بمال .

الوجه الثالث : أن في إثبات النسب نظراً من الجانبين ، جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك ، وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية ، وهذا وجه الاستحسان عند الحنفية .

(١) يقول القاضي الباجي : « في حال إذا لم يعرف للمستلحق أنه صاحب ملك يمين أو صاحب نكاح ، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة : يلحق به ما لم يتبين كذبه وبه قال مالك . وقال ابن القاسم أيضاً : لا يلحق به إلا بيينة » - المنتقى شرح الموطأ ٥/٦ - باب القضاء بالحق الولد بأبيه .

(٢) المهذب ٤٣٥/١ ، ٣٤٥/٢ ، ٣٥١ ، روضة الطالبين ٤٣٧/٥ ، الأم ٢٤٧/٦ ، مغني المحتاج ٤٢٢/٢ ، كشاف القناع ٢٣٥/٤ ، المغني ٧٦٣/٥ ، مجموع الفتاوى ٣٧٤/٣١ ، المحلى ١٠٤٢/١ - واشترط بعض الشافعية لقبول ادعاء العبد مع البينة تصديق سيده ، وقيل : لا يلحق به مطلقاً ، وقيل : يلحق قطعاً إن كان مأذوناً له في النكاح ومضى زمان إمكانه - روضة الطالبين ٤٣٧/٥ - وقال الشيرازي : « إن أقر بنسب البالغ العاقل لم يقبل إلا بتصديقه بخلاف اللقيط الصغير والمجنون فيقبل إقراره لأنه أقر لهما بحق ، فإن بلغ الصغير أو أفاق المجنون لم يسقط النسب لأنه حكم به فلا يسقط » - المهذب ٣٤٥/٢ ، ٣٥١ . وقال ابن المنذر : « أجمعوا على أن لو أن رجلاً بالغاً من الرجال قال : هذا ابني وأقر له البالغ ولا نسب للمقر به معروف أنه ابنه إذا جاز أن يولد لمثله مثله » - الإجماع ص ٨٦ رقم ٣٢٤ .

(٣) الإجماع ص ٨٦ رقم ٣٢٣ .

(٤) هذا الوجه ذكره القاضي الباجي دليلاً للقول المذكور عند المالكية - المنتقى ٥/٦ وباقي الأوجه التالية ذكرها فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة في مراجعهم سالف الذكر .

الوجه الرابع : أن المدعي بشيئين يمكن انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة ، يجوز تصديقه في أحدهما دون الآخر اعتباراً للمصلحة .

وهنا : الذمي أو العبد الذي يدعي نسب الولد ، يتعلق الادعاء بالنسب كما يتعلق بالدين أو الحرية ، وهما مما يمكن فصلهما .

لذلك فإننا نصدقهما في دعواهما بالنسبة لكونه نفعاً للقيط ، ولا نصدقهما في الدين والرق لكونهما مضرّة للقيط ، إلا أن يقيما على ذلك بينة فيحكم بالبينّة ؛ أما النسب فنكتفي فيه بالإقرار لنفع الطفل .

المذهب الثاني : يرى عدم قبول ادعاء أو استلحاق للقيط إلا بينة من الشهود أو غيرهم . فإن أقام بينة حكم بها ، سواء أكان المدعي مسلماً أم ذمياً ، حرّاً أم عبداً . وإلى هذا ذهب المالكية في المشهور ، وهو مذهب الحنفية قياساً^(١) .

وحيثهم : أن الأصل هو عدم قبول دعوى إلا بشاهدي عدل ؛ لأنه يدعي أمراً جائز الوجود والعدم ، فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من وجود مرجح ، وذلك بالبينّة ولم توجد ، فلا يقبل الادعاء بالنسب لذلك^(٢) .

كما أنه لو ثبت النسب بمجرد الدعاوى لكثير تعرض الدعاوى في ذلك وفسدت الأنساب^(٣) .

وجاء في المدونة الكبرى : « قلت : رأيت اللقيط من أقام عليه بينة أيقضى له به ؟ وإن كان في يد مسلم فأقام ذمي البينة من المسلمين أتقضى به لهذا الذمي ، وتجعله نصرانياً في قول مالك ؟ قال : قال مالك : في اللقيط يدعيه رجل إن ذلك لا يقبل منه إلا بينة أو يكون رجلاً قد عرف أنه لا يعيش له ولد ، فيزعم أنه فعله لذلك . قال ابن القاسم : فإن من الناس من يفعل ذلك ، فإذا عرف ذلك منه رأيت القول

(١) انظر للحنفية مراجعهم السابقة ، وللمالكية : بداية المجتهد ٣٥٧/٢ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ١٢٦/٤ ، مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٨٢/٦ ، المدونة الكبرى ٤٥/٨ ، ٤٦ ، المنتقى ٥/٦ .

(٢) بدائع الصنائع ، بداية المجتهد ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير - المراجع السابقة .

(٣) المنتقى ٥/٦ .

قوله ، وإن لم يعرف ذلك منه لم يلحق به ، فإذا أقام البينة عدُولاً من المسلمين فهذا أخرى أن يلحق به نصرانياً كان أو غيره .

ثم يقول : قلت : رأيت إن التقطت لقيطاً فجاء رجل فادعى أنه ولده أصدق أم لا؟ قال : بلغني عن مالك أنه قال : لا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه ، مثل أن يكون رجلاً لا يعيش له ولد فيسمع قول الناس أنه إذا طرح (أي نبذ) عاش فيطرح ولده ، فالتقط ، ثم جاء يدعيه ، فهذا إن سمع منه ما يستدل به على صدق قوله ألحق به اللقيط وإلا لم يلحق به»^(١) .

المذهب المختار : هو ما ذهب إليه الجمهور في المذهب الأول ، القائلون بجواز قبول ادعاء المستلحق للقيط إن أمكن أن يكون منه ، وإن لم يكن مع المستلحق بينة ؛ لأن إقرار المستلحق إقرار بحق على النفس لصالح اللقيط ، والشهادة إنما نحتاجها إذا كان الادعاء على الغير بحق وليس للغير .

الحال الثانية : إذا تنازع اثنان فأكثر على ادعاء نسب اللقيط :

كل المتنازعين سواء ؛ لأن كل واحد منهم لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعا تساوا في الدعوى ، فلا بد من مرجح ، فإن كان لأحدهم بينة حكم له .

أما إن أقام كل واحد منهم بينة ، فقد تعارضت وتساقت ، وكذلك إذا لم يكن لأي منهن بينة ، ففي هاتين الحالتين اختلف الفقهاء على مذهبين :

المذهب الأول : للجمهور ، ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، كما روي عن ابن عباس وأنس بن مالك وعطاء وزيد بن عبد الملك والأوزاعي والليث ، قالوا : يثبت النسب بالقيافة^(٢) .

(١) المدونة الكبرى - المرجع السابق .

(٢) سبق ذكر دليل الجمهور ومراجعهم في حكم التحقق بالبصمة الوراثية من النسب عند التنازع مع دليل الجمهور على القيافة - الباب الأول ، الفصل الأول . وهناك تمت الإشارة إلى أن مذهب مالك في هذه المسألة في ملك اليمين . أما في النكاح فعلى قولين أحدهما يحتكم عند التنازع إلى القافة ، والثاني يحتكم إلى القرعة مباشرة دون القافة .

فإن ألحقته القافة ، بأحدهم نسب له ، وإن ألحقته بهما فقد اختلف الجمهور في الحكم ، على أربعة أقوال :

القول الأول : أنه يقرع بين المتنازعين ، وهو مذهب المالكية ، والظاهرية^(١) .

قال ابن رشد : « عند مالك أنه ليس يكون ابناً للاثنتين ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى ﴾ (الحجرات: ١٣) . وإنما يقرع بينهما ؛ لما رواه أبو عمر بن عبد البر في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ، رواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن زيد بن أرقم ، قال « كان علي باليمن فأتي بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأقرع بينهم ، وقضى بالولد للذي أصابته القرعة ، وجعل عليه ثلثي الدية ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه»^(٢) .

ثم قال ابن رشد : وفي هذا إنفاذ الحكم بالقافة ، وإلحاق الولد بالقرعة^(٣) .

القول الثاني : أنه لا يلحق الولد بأحد المتنازعين ويترك حتى يبلغ فيخير ، وهو المعتمد عند الشافعية ، وذهب إليه بعض الحنابلة^(٤) .

وحجتهم : ما أخرجه البيهقي ، أن رجلين ادعيا رجلاً لا يدري أيهما أبوه ، فقال عمر رضي الله عنه : « اتبع أيهما شئت»^(٥) .

(١) بداية المجتهد ٣٥٩/٢ ، المحلى ٤٢٧/١١ .

(٢) الحديث الذي ذكره ابن رشد أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٧٣/٤ رقم ١٩٣٤٨ ، كما أخرجه ابن ماجه في سننه - كتاب الأحكام ٧٨٦/٢ حديث رقم (٢٣٤٨) . وأخرجه أبو داود في سننه ٢٨١/٢ رقم (٢٢٧٠) .

(٣) بداية المجتهد ٣٦٠/٢ .

(٤) روضة الطالبين ٤٣٩/٥ ، المهذب ٤٤٣/١ . قال صاحب العدة : « قال القاضي : أوماً أحمد إلى أنه إن أشكل على القافة أو لم توجد قافة ترك حتى يبلغ فليحق بمن انتسب إليه منهما . قال ذلك الإمام أحمد في رجلين وقعا على امرأة في طهرها فخير الابن أيهما اختار » - العدة شرح العمدة ص ٤٤٤ .

(٥) السنن الكبرى ٢٦٣/١٠ .

كما أن طبع الولد يميل إلى والده ، ويجد به ما لا يجد بغيره .

القول الثالث : أنه يلحق بالمتنازعين جميعاً ، وهو مذهب الحنابلة في المشهور ، وإليه ذهب بعض الشافعية ، ويروى عن عمر وعلي ، وهو قول أبي ثور^(١) .

وحجتهم : ما أخرجه الإمام مالك عن سليمان بن يسار ، عن عمر ، في امرأة وطئها رجلان في طهر ، فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعاً ، فجعله بينهما^(٢) .

وما أخرجه ابن أبي شيبة عن الشعبي ، قال : قضى علي في ولد لرجلين أنه ولدهما ، وهما أبواه ، يرثهما ويرثانه ، وهو لآخرهما حياة^(٣) .

ونص الإمام أحمد على أنه : « إن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة أنه يلحق بالثلاثة ، وقال عبد الله بن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين . وقال القاضي : لا يلحق بأكثر من ثلاثة ؛ لأن المعنى الذي لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه ، فيقاس عليه . وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك »^(٤) .

القول الرابع : أنه لا ينسب لأحد ويضيع نسبه ، ولا يقبل قول المتنازعين في الانتساب ، وهو قول أبي بكر من الحنابلة^(٥) .

وحجته : أنه لو ترك حتى يبلغ فيخير ، فإنه سيميل إلى غير القرابة ؛ لأن الطبع يميل إلى غير القريب ، لإحسانه إليه ، وحسن أخلاقه وكثرة يساره .

-
- (١) روضة الطالبين - المرجع السابق ، المغني ٧٧٣/٥ ، ٤٨٣/٧ ، العدة ص ٤٤٤ .
- (٢) الموطأ ٢١٥/٢ ، سبل السلام ١٤٩٣/٤ ، المنتقى شرح الموطأ ٦/٥ - هذا ، وقد سبق الحديث بنصه في دليل الجمهور على مشروعية القيافة - الباب الأول ، الفصل الأول .
- (٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه - باب الرجلان يقعان على المرأة في طهر واحد ٣٨٧/٧ - كما أخرج في ذات الصحيفة عن حنش قال : « وقع رجل على وليدة ثم باعها من آخر فوقها عليها فاجتمعا عليها في طهر واحد ، فولدت غلاماً ، فأتى علياً ، فقال علي : « هو للباقي منكما بمنزلة أمه » .
- (٤) المغني ٧٧٣/٥ - ولم يذكر صاحب العدة هذا النص عن الإمام أحمد ، وإنما ذكر الوجه الذي أوماً إليه الإمام أحمد الموافق لقول الشافعية ، وقول أبي بكر بضياع النسب - العدة شرح العمدة ص ٤٤٤ .
- (٥) العدة شرح العمدة ص ٤٤٤ ، وأشار ابن رشد إلى هذا القول في بداية المجتهد ٣٥٩/٢ .

القول المختار : هو ما ذهب إليه المالكية من القرعة ؛ لقوة أدلتهم ، ولذلك يقول ابن رشد عن الأقوال التي ترى إمكانية تعدد الآباء للابن الواحد : « هذا كله تخليط وإبطال للمعقول والمنقول »^(١) . يقصد بالمنقول : آية الحجرات السالفة الذكر : ﴿ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ ﴾ (الحجرات: ١٣) .

ومع ذلك ، فإنني أقول إن هذا الاختيار اليوم ، ومبلغ علمنا أنه ليس لإنسان أبوان من الذكور فضلاً عن الأم ، لما سيؤدي إلى مفاصد وتنازع ، إلا أن العلم لو أثبت إمكانية ذلك ، فليس أماناً إلا الرجوع للحقائق العلمية ، وإلى أن تثبت نحكم بالظاهر ، والظاهر أنه ليس لإنسان سوى أب واحد وأم واحدة .

٢- المذهب الثاني : للحنفية والهادوية والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية .

قالوا : لا نحتكم إلى القیافة ، ونحكم بالولد للمتنازعين^(٢) .

وعليه ، ينسب الولد لجميع المتنازعين ، ويرث منهم جميعاً ، وهم يرثون منه ، وليس أحدهم بأولى من الآخر .

واختلف الحنفية في تحديد عدد الآباء المتنازعين ، الذين ينتسب الطفل لهم جميعاً ، فقال أبو حنيفة : تسمع من خمسة . وقال أبو يوسف : تسمع من اثنين ولا تسمع من أكثر . وقال محمد : تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر^(٣) .

٣- حكم استلحاق المرأة للقيط :

سبق أن بينا حكم استلحاق الرجال للقطاء ، فهل يجري نفس الحكم في استلحاق المرأة للقيط؟ لقد اختلف الفقهاء في حكم استلحاقها على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : يرى عدم قبول دعوى المرأة استلحاق اللقيط إلا بينة من

شاهدي عدل .

(١) بداية المجتهد ٣٥٩/٢ .

(٢) سبق ذكر الأدلة ومناقشتها في حكم التحقق بالبصمة الوراثية من النسب عند التنازع - الباب الأول.

(٣) بدائع الصنائع ٢٤١/٦ ، شرح فتح القدير ٥٢/٥ .

والى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، قال به الحنفية والمالكية وهو الأصح عند الشافعية ورواية عند الحنابلة^(١) . وحكى ابن المنذر في هذا القول الإجماع ، فقال : « أجمعوا على أن المرأة إذا قالت : هذا ابني ، لم يقبل إلا بينة ، ليست هي بمنزلة الرجل . وانفرد إسحاق ، وقال : إقرار المرأة جائز »^(٢) .

وحجتهم : من وجهين .

الوجه الأول : أنها لو كانت متزوجة ففي ادعائها البتة تحميل النسب على الغير ، وهو الزوج ، وفي ذلك ضرر عليه ، فلا يقبل قولها لذلك . فإن أقامت بينة صحت دعوتها ولحق بها اللقيط ولحق بزوجها إن أمكن العلوق منه ، ولا ينتفى عنه إلا باللعان .

الوجه الثاني : أن المرأة لو كانت خلية من الزوج فليس عسيراً عليها أن تثبت بنة اللقيط لها ، لإمكانها إقامة البينة بالولادة من طريق المشاهدة ، بخلاف الرجل الذي يعجز عن إثبات الوطاء فقبل ادعاؤه .

المذهب الثاني : يرى قبول ادعاء المرأة البتة عند الإمكان وعدم النزاع .

ذهب إليه بعض الشافعية ورواية عند الحنابلة ، وهو قول إسحاق بن راهويه^(٣) ، وبه قال ابن حزم الظاهري^(٤) .

وحجتهم : من وجهين .

الوجه الأول : أنها أحد الأبوين فصارت كالرجل في قبول إقرارها . بل هي أقوى سبباً في ذلك ؛ لأن الولد يلحق بالمرأة إذا زنت وحملت به ، ولا يلحق بالرجل إلا من حلال (كما هو مذهب الجمهور) .

(١) بدائع الصنائع ، شرح فتح القدير - المرجعين السابقين - بداية المجتهد ٢/٢٥٩ ، مغني المحتاج

٢/٤٢٦ ، ٤/٤٩٠ ، روضة الطالبين ٥/٤٢٨ ، المغني ٥/٧٦٥ .

(٢) الإجماع ص ٨٦ رقم ٣٢٥ ، ص ١٣١ ، رقم ٥٧٤ .

(٣) المراجع الشافعية والحنبلية السابقة ، كتاب الإجماع لابن المنذر - المرجع السابق .

(٤) المحلى ١٠/١٤٢ مسألة رقم ٢٠٠٩ .

الوجه الثاني : أنها لو كانت متزوجة ، فإما أن تحمله على زوجها فينسب له ، ويحق له النفي باللعان ، وإما أن لا تحمله على زوجها ، فلا يقع ضرر على الزوج في هذا الإقرار .

وإن كانت المرأة خلية من الزوج وأمكن أن يكون منها ، فيقبل إقرارها لنفع الطفل ، ما لم يوجد منازع .

المذهب الثالث : يرى التفصيل بين أن تكون بريئة في ادعائها ، بمعنى أنه لا دافع وراء اعترافها وإقرارها بالبنوة ، فيقبل ادعاؤها . وبين أن يكون وراءها دافع آخر ، كما لو كان لها إخوة أو نسب معروف ، وتريد مزاحمتهم في الميراث بالاستلحاق ، فلا يقبل قولها إلا بينة ؛ لأنها لو كان لها أهل وإخوة فالغالب أنها لا تخفي عليهم ولادتها ، فإذا ما استلحقت الولد وقع عليهم ضرر من تعبيرهم بولادتها من غير زوجها .

وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في رواية ثالثة عنه^(١) .

المذهب المختار : هو ما ذهب إليه بعض الشافعية والحنابلة - أصحاب المذهب الثاني - القائلون بقبول ادعاء المرأة البنوة عند الإمكان وعدم النزاع دون إلزامها بالبينة كالرجل ؛ لقوة حجتهم ، ومراعاة لحق الطفل . ولأن المرأة لا تقدم على ذلك إلا بعد يقظة ضمير إذا كان الولد منها وتخلصت منه ، فلا يصح أن نمنعها من تصحيح وضعها ، طالما توفرت شروط صحة الإقرار .

٤- حكم تنازع النساء على اللقيط :

إن ادعت امرأتان فأكثر بنوة اللقيط حكم لصاحبه البينة ، فإن تعارضت البينتان أو لم تكن بينة لهما ، فقد ذهب الجمهور - خلافاً للحنفية - للاحتكام إلى القيافة ، فإن تعارضت أقوال القيافة ، أو لم تكن قافة (كما هو مذهب الحنفية) فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال^(٢) :

(١) المغني ، المرجع السابق .

(٢) المراجع المذكورة في المسألة السابقة .

القول الأول : يحتكم إلى القرعة ؛ لأنها أفضل سبيل لفض النزاع . وهو مذهب المالكية .

القول الثاني : لا ينسب لأي أم من المتنازعات . وهو قول أبي يوسف ورواية عن محمد بن الحسن ، وبه قال الشافعية والحنابلة .

وحجتهم : أنه يستحيل أن يكون للولد أكثر من أم واحدة بسبب الدم . فلا يلحق بأيتهن ؛ لأنه ليست إحداهن بأولى من الأخريات .

القول الثالث : أنه يحكم بالولد للمتنازعتين أو المتنازعات .

وهو قول محمد بن الحسن في الرواية الثانية عنه .

وحجة هذا القول : مراعاة مصلحة اللقيط ، والمساواة بين المتنازعات .

ثالثاً : موقف البصمة الوراثية من تنسيب مجهول النسب :

إن مجهول النسب باليقين ليس معدوم النسب ، فكثيراً ما يكون أهله من جيرانه أو بلدته ، وقد يكون ضائعاً من أهله وهم في سبيل البحث عنه يبذلون الغالي والنفيس .

وفي كل الأحوال ، فإن شأن مجهول النسب قد حير الفقهاء الذين لا يريدون تنسيبه إلا بحق عن طريق الاستيثاق من صلة الوالدية ، وهم في الوقت ذاته يريدون تنسيبه وإلحاقه بأهل للقيام بتربيته والإنفاق عليه ، وحتى لا يترك سدى دون انتماء فيضيع .

ومن هنا ، فقد تساهل^(١) جمهور الفقهاء في تنسيب هذا «المجهول النسب» لكل من يدعيه ، دون اشتراط إثبات الفراش ، ويكتفى باشتراط الإمكان العقلي ، فلا

(١) وجه التساهل : في عدم مراعاة قواعد الادعاء المعروفة في الحديث : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» [أخرجه الترمذي بسند فيه مقال عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - سنن الترمذي ٢٢٦/٣ رقم ١٣٤١ - وأخرجه الدارقطني عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ : «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» ، سنن الدارقطني ١١٠/٣ رقم ٩٨] حيث يقبل الادعاء بنسب المجهول النسب دون مطالبته بالبينة ، بل ودون استئصال لبيان متى وأين وكيف ضاع من المدعي هذا المجهول . ويكتفى بقبول الادعاء إذا كان ظاهر الحال يجيزه عقلاً .

يدعي من بلغ العشرين طفلاً عمره عشر سنوات مثلاً ، كما يشترط عدم وجود منازع ، وفي حال وجود النزاع فللفقهاء مذاهب شتى ، سبق تفصيلها .

وجاءت « البصمة الوراثية » التي تحدد الصفات الوراثية للإنسان ، وبها يمكن معرفة صدق المدعين من كذبهم ، كما أنه يمكن البحث عن أهل « مجهول النسب » بإجراء البصمة على المشتبه فيهم .

وبهذا تنحصر فائدة « البصمة الوراثية » على هذا الصنف من « مجهولي النسب » في كشف صدق الادعاء بالاستلحاق ، وفي البحث عن أهله من المشتبه فيهم ، دون ما حاجة إلى الاحتكام بالطريقة البدائية (القيافة) التي لم يكن الناس يعرفون سواها ، بعد أن منَّ الله علينا بنور العلم .

* * *