

الباب الأول البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية

الفصل الأول: البصمة الوراثية: التأصيل الشرعي والتأثير الفقهي

المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية وشروط العمل بها.

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للبصمة الوراثية.

المبحث الثالث: الطرق الشرعية لإثبات النسب.

المبحث الرابع: أثر البصمة الوراثية على إثبات النسب بالقيافة.

المبحث الخامس: أثر البصمة الوراثية على إثبات النسب بالقرعة.

المبحث السادس: أثر البصمة الوراثية على اللعان.

المبحث السابع: أثر البصمة في تنسيب ولد التسري.

المبحث الثامن: أثر البصمة الوراثية في تنسيب أبناء الزنا.

الفصل الثاني: أثر البصمة على طرق معرفة المجرمين والمفقودين

المبحث الأول: القرائن ودور البصمة الوراثية.

المبحث الثاني: البصمة الوراثية قرينة قاطعة.

المبحث الثالث: أثر البصمة على القسامة.

المبحث الرابع: أثر البصمة على طرق إثبات هوية المفقودين والجثث

ومجرمي الاغتصاب.

الباب الأول البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية

الفصل الأول البصمة الوراثية: التأصيل الشرعي والتأثير الفقهي

- المبحث الأول: تعريف البصمة الوراثية وشروط العمل بها.
- المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للبصمة الوراثية.
- المبحث الثالث: الطرق الشرعية لإثبات النسب.
- المبحث الرابع: أثر البصمة الوراثية على إثبات النسب بالقيافة.
- المبحث الخامس: أثر البصمة الوراثية على إثبات النسب بالقرعة.
- المبحث السادس: أثر البصمة الوراثية على اللعان.
- المبحث السابع: أثر البصمة في تنسيب ولد التسري.
- المبحث الثامن: أثر البصمة الوراثية في تنسيب أبناء الزنا.

الباب الأول

البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية

الفصل الأول

البصمة الوراثية: التأصيل الشرعي والتأثير الفقهي

المبحث الأول

تعريف البصمة الوراثية وشروط العمل بها

المطلب الأول: تمهيد:

لقد أعطى الشرع الحنيف أجوبة عن كل القضايا الفقهية التي كانت تفرض نفسها في بيئة معينة، وفي ظروف عامة وخاصة، وكان الفقه الإسلامي ولا زال هو الحل لكل معضلة تواجه الإنسان وتعترض سبيله، فتارة كان الفقه الإسلامي يقي على الوسائل المستعملة قبل الإسلام إن لم يجد فيها ضرراً، وطوراً كان يوجد حلولاً تختص بهذا الفقه، لم يسبقه إليها أحد.

فمن الوسائل التي أبقى عليها الإسلام القيافة⁽¹⁾ وهي حلّ لقضية نسب مختلف عليه ومشكوك فيه مع غياب البيّنات الأولية على صحته، وكان اللعان من الحلول التي تختص بالفقه الحنيف والتي لم تكن قبل الإسلام، ويُستعان به عند اتهام الرجل زوجته بالزنى مع عدم القدرة على إثبات ذلك بالبيّنة أو عند نفيه حمل زوجته بأنه ليس من صلبه.

(1) القائف: هو الذي يتبع الأثر، ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه، للتوسع، انظر، ص: 40، فقد أفردته في مبحث خاص. (المبحث الرابع من هذا الفصل).

وكان للطفل اللقيط المنبوذ غير معروف الهوية تفاصيل أثبت الفقهاء من خلالها على أن للفقهاء الإسلامي دوراً كبيراً في وضع أدوية ناجعة لكل المسائل الشائكة، وكذلك الأمر فإن الفقه احتفظ بدور المقنن والمنفذ والراعي لكل تلك الحلول ولم يبد أن هناك من التأثيرات الكبرى التي غيرت تلك القوانين أو أضعفت من قوتها، وذلك عبر حقبة طويلة من الزمن.

ومع بداية العصر الحديث بزغ الطب الحديث عن اكتشاف خطير وجديد وهو فحص لخلايا الإنسان، ويستطيع العالم من خلال هذا الفحص أن يحدد الصفات الوراثية لهذا الشخص المشكوك في نسبه ومقارنتها مع أمه وأبيه، وبالتالي تحديد هوية هذا الشخص من حيث انتماؤه إليهما أولاً.

فالطفل الذي اختلط بغيره في المستشفى عند ولادته ولم يُعرف انتماؤه الأبوي تحل مشكلته بهذا الفحص، واللقيط الضائع عند التنازع عليه، والمشكوك في نسبه وغير ذلك من القضايا الشائكة التي سأتناولها في طيات هذا البحث.

فهل يمكن أن تؤثر البصمة الوراثية - الاكتشاف الطبي الجديد - على القيافة واللعان⁽¹⁾ والقرعة⁽²⁾ وغيرها من الحلول التي وضعها وأقرها الفقه الإسلامي؟

المطلب الثاني: تعريف البصمة لغة واصطلاحاً

تعريف البصمة لغة:

البصمة مشتقة من البصم وهو: فوت ما بين الخنصر إلى طرف البنصر، يقال: ما فارقتك شبراً، ولا فتراً، ولا رتباً، ولا بصماً⁽³⁾، ورجل ذو

(1) اللعان: هو حلف زوج على زنى زوجته أو نفي حملها منه، للتوسع: انظر، ص: 56، فقد أفردته في مبحث خاص. (المبحث السادس من هذا الفصل).

(2) تستعمل عند التنازع على الطفل اللقيط الذي لم يُعرف أبواه، ولم يكن للمتنازع أي بينة أو دليل يرجح أحدهما على الآخر، للتوسع انظر، ص: 50.

(3) ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان الطبعة الأولى-السادسة 1417هـ-1997م، 50/12 - 51.

بصم أي غليظ البصم، وبصم بصماً: إذا ختم بطرف إصبعه، والبصمة أثر الختم بالإصبع⁽¹⁾، فالبصمة إذن هي الأثر الذي يتركه الختم بالإصبع بعد التبصيم.

تعريف البصمة اصطلاحاً:

البصمة الوراثية هي: «العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء، أو من الأصول إلى الفروع»⁽²⁾، وهي علمياً «عبارة عن عزل للحامض النووي عن مصادره الحيوية بواسطة أنزيمات خاصة تقسم هذا الحامض إلى مواقع قيد حيث يكون له تسلسل معين، ومن ثم يتم تصنيف أجزاء الحامض النووي التي تم الحصول عليها بهذه الطريقة بواسطة الهجرة الكهربائية... للوصول إلى هوية مصدرها البيولوجي»⁽³⁾.

وخلاصة ذلك أن البصمة الوراثية هي: «تعيين هوية الإنسان عن طريق جزء أو أجزاء من حمض «الدنا» المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه ويظهر هذا التحليل في صورة شريط في سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية مسلسلة وفقاً لتسلسل القواعد الأمنية على حمض الدنا، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر... تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب (صاحب الماء) وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة)»⁽⁴⁾.

فالبصمة الوراثية إذن هي التي تُعَيِّن هوية الإنسان وفقاً للصفات الوراثية التي يحمل نصفها من أبيه ونصفها الآخر من أمه، ويتم الكشف عبر معرفة الحمض النووي المتواجد في كل خلية من خلايا الإنسان.

(1) إبراهيم أنيس وآخرون: المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، د-ت، 60/1.

(2) سعد الدين مسعد الهلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، جامعة الكويت، 1421هـ-2001م، ص: 25.

(3) جميل عبد القادر الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دارالفكر العربي-القاهرة، 2001م، ص: 59.

(4) سعد الدين مسعد الهلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مصدر سابق، ص: 35.

وهذه الصفات الوراثية «تنتقل من الأبوين إلى الجنين تستمر معه طول حياته، أو حتى في خلاياه بعد موته، وأنه بواسطة قراءة شفرة الأب (الصفة الوراثية) وشفرة الولد يمكن الجزم بأن النسب بينهما موجود، أو هو منتف بينهما⁽¹⁾. ولا يمكن أن تتطابق هذه الصفات الوراثية التي تدل على هوية الإنسان، بين إنسان وآخر «إلا في حالة التوائم المتطابقة، ففي أكثر الحالات تفاعلاً يتشابه شخصان من نفس الأبوية بنسبة (4:8،1 مليون) ونسبة (100:1 مليار) عندما لا يربطهما صلة نسب⁽²⁾.

وكذلك الحال بين الإخوة فإن فرصة التشابه في نفس النمط الوراثي (البصمة الوراثية) تصل إلى واحد في المليون، وعليه فإن هذه الطريقة قد زادت من فاعليات اختبارات الطب الشرعي والمختبرات الجنائية⁽³⁾.

وأول من أطلق اصطلاح البصمة الوراثية هو البروفسور «إليك جفري» في جامعة ليستر بإنجلترا سنة 1985م، عندما أجرى فحوصاً روتينية لجينات الإنسان، فكتشف ذلك الحمض النووي الذي يطلق عليه «الدنا»، وهو المميز لكل شخص مثل بصمات الأصابع، فأسماه بالبصمة الوراثية، أو بصمة الحامض النووي⁽⁴⁾.

ومن ثمرة هذا الاكتشاف أنه «يحقق الهوية الشخصية بصفاتها المشتركة مع الأصول التي انحدرت منها، والفروع التي انبثقت عنها، ومن هذه الثمرة

- (1) محمد مختار السلامي: الطب في ضوء الإيمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001م، ص: 183، وانظر الهلالي: البصمة الوراثية، ص: 244، وأيضاً: إبراهيم صادق الجندي: تطبيقات البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، الرياض، الطبعة الأولى، 1423هـ-2002م، ص: 119.
- (2) حامد محمد حامد: رحلة الإيمان في جسم الإنسان، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1417هـ-1996م، ص: 159. وكلمة الشيفرة هي كلمة أجنبية ليست عربية.
- (3) صديقة العوضي ورزق النجار: دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة، بحث ضمن الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة بعنوان: الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني- رؤية إسلامية - ملخصات الأبحاث تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع الإيسسكو ومجمع الفقه الإسلامي بجدّة ومنظمة الصحة العالمية في الفترة 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ، الموافق له 13-15 أكتوبر 1998م، ص: 39.
- (4) سعد الدين مسعد الهلالي: البصمة الوراثية، مرجع سابق، ص: 26، عن وليروي هود دانييل ليفلس: الشفرة الوراثية للإنسان، ص: 104، عالم المعرفة.

يمكن معرفة الوالدات، والوالدين، وأولادهم⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن هناك بعض السلبيات التقنية التي تؤثر على دقة نتيجة البصمة، وذلك من خلال تلوث العينة المشتبه فيها، أو نتيجة عدم تغيير القفازات، أو نتيجة عيوب في طريقة الفحص.

تعريف الوراثة لغة واصطلاحاً:

الوراثة لغة:

يقال: أورثه الشيء أبوه، وهم ورثة فلان، وورثه فلان وورثته تورثاً أي أدخله في ماله على ورثته، والميراث في المال، والإرث في الحساب، وأورثه الشيء عقبه إياه، وأورثه المرض ضعفاً والحزن هما.

الوراثة اصطلاحاً:

هو علم يبحث في انتقال الكائن الحي من جيل لآخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريقة هذا الانتقال⁽²⁾.

المطلب الثالث: الآراء الفقهية الحديثة في البصمة الوراثية:

اعتبر مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية «أن البصمة الوراثية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطوراً ضخماً في علم القيافة التي تعدت بها جمهرة المذاهب الفقهية، ولا ترى الندوة حرجاً شرعياً في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام⁽³⁾.

(1) سعد الدين مسعد الهلالي: البصمة الوراثية، ص: 258.

(2) ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة ورث، وآخرون: المعجم الوسيط 2/ 1024، دار الدعوة - تركية، 1410هـ، 1989م، 2/ 199-200-201.

(3) قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21-26/10/1422هـ الذي يوافق 5-10/1/2002م، ص: 478-480.

وبعد بيان النتيجة العلمية لحقيقة البصمة الوراثية، يقول الدكتور سعد العنزي⁽¹⁾: «إن البصمة الوراثية تعتبر دليلاً تكميلياً ومسانداً لإثبات النسب وكذلك نفيه، وهو اختبار له مصداقية علمية وخاصة في حالة اختلاف الزوجين في دعوى نسب الابن»⁽²⁾.

وكذلك أكد العلامة القرضاوي على اعتبار البصمة الوراثية، ووافق على الحالات التي جَوَّز مجمع الفقه الإسلامي العمل بها⁽³⁾.
الحالات التي جَوَّز مجمع الفقه الإسلامي العمل بالبصمة الوراثية هي⁽⁴⁾:

- 1 - حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب وطء الشبهة ونحوه.
- 2 - حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب⁽⁵⁾.
- 3 - حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث، أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من أسرى الحروب والمفقودين.

-
- (1) من فقهاء مجمع الفقه الإسلامي.
 - (2) سعد العنزي: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات ونفي النسب، ص: 48، (بحث ضمن الندوة الطبية 11).
 - (3) وذلك في برنامج الدين والحياة الذي تبثه قناة الجزيرة الفضائية، نهار الأحد 30 نيسان، عام 2006م، الساعة 10، 45 ليلاً بتوقيت بيروت.
 - (4) قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21-26/10/1422 هـ الذي يوافق 5-10/10/2002م وقريب من هذا عند المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص: 479-480.
 - (5) بثت قناة العربية الفضائية نهار الجمعة في 26/10/2007، خبراً مفاده حصول تبادل طفلين بين أسرتين سعودية وتركية، حصل ذلك في مستشفى الملك خالد بالسعودية، وبعد أربع سنوات تم فحص (د.ن.أ) على الولد التركي بعد الشكوك من أسرته فتبين أنه لا لأمه ولا لأبيه، وكذلك يجري الفحص على الولد السعودي.

المطلب الرابع: شروط العمل بالبصمة الوراثية:

إن اكتشافاً بهذه الخطورة والأهمية، يتدخل في خصائص الأفراد، ويثبت أو ينفي أبوة الأب لابنه، حري أن يكون له ضوابط وشروط تحقق الهدف المبتغى منه ولا تخرج عنه، وهذه الشروط هي⁽¹⁾:

1 - التأكد الكامل والاطمئنان التام أن القائمين على قراءة البصمة الجينية موثوق في كفاءتهم في هذا الميدان.

2 - أن يكون اللجوء إلى قراءة البصمة في أحوال محددة (حددها مجمع الفقه الإسلامي).

3 - أن يكون الطلب لقراءة البصمة من الأب فقط وأن يكون طلبه بناء على يقين أو على قرائن قاطعة لا على شك أو خيال وأوهام.

(1) محمد مختار السلامي: الطب في ضوء الإيمان، مرجع سابق، ص: 183-184-185. وانظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في الدورة السادسة عشرة مرجع سابق، وانظر جميل عبد القادر الصغير: أدلة الإثبات الجنائي مرجع سابق، ص: 70، 69، وانظر: الهاللي: البصمة الوراثية، ص: 243، وانظر بحث السلامي ضمن الندوة الطبية الحادية عشرة بعنوان الهندسة الوراثية وأثرها في إثبات النسب، ص: 45.

المبحث الثاني التأويل الشرعي للبصمة الوراثية

المطلب الأول: تمهيد:

البصمة الوراثية حدث جديد، واكتشاف مفيد، وهي آية من آيات الله في الإنسان ورغبة في إظهار الحقوق، فيسري عليها فقهاً ما يسري على المكتشفات الجديدة من أحكام، وإنما هي كشف يُعرف من خلاله الصفات الوراثية للإنسان، ويمكن أن نكيّف للبصمة الأدلة الشرعية التالية:

البصمة لها حكم الأصل في الأشياء إلا إذا ثبت فيها نوع من الحرمة أو الضرر، وقد توافق الفقهاء والأطباء على نفعها وعدم ضررها، فيكون لها الحكم الأصلي تماشياً مع القاعدة الفقهية: «الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يصح المنع بوجه لا معارض له، ودليل غير محتمل التأويل»⁽¹⁾.

والقول بأن الأصل في الأشياء الإباحة هو قول أبي حنيفة وأكثر الحنفية، وإليه ذهب بعض الفقهاء من المالكية والشافعية، وكذلك هو مذهب معتزلة البصرة⁽²⁾.

(1) ابن عبد البر: التمهيد بما في الموطأ من المعاني والأسانيد، 6/344، 345، المملكة المغربية، 1397هـ - 1977م.

(2) من المالكية أبي الفرج، ومن الشافعية أبي حامد الإسفراييني، وأبي العباس بن سريج، وانظر: السبكي، علي بن عبد الكافي، وابنه تاج الدين: الإبهاج في شرح المنهاج، 1/142، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1404هـ - 1984م، الباجي: سليمان بن خلف: أحكام الفصول في أحكام الأصول، ص: 608، 609، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1409هـ - 1989م، ابن حزم: الأحكام، 1/52، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م، الرازي، محمد بن عمر: المحصول: 1/158، 159، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى، 1412هـ - 1992م، الغزالي، محمد بن محمد: المستصفى، 1/63، دار الفكر، بيروت، د.ت.

المطلب الثاني: الأدلة من القرآن:

2 - قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽¹⁾، وقوله جل شأنه: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽²⁾.

فالآية الأولى دليل على جواز كل أنواع البيوع إلا أن يدخل فيها الربا، والآية الثانية دليل حلية التجارة بما فيها من عقود، ما له اسم وما ليس له اسم، إلا أن يكون إكراهاً عن غير تراض أو أكل مال الآخرين ظلماً، والبصمة الوراثية لا تخلو أن تكون عقداً بين طرفين، الطرف الأول هو الأب أو الأم الطالب لهذا الكشف، والطرف الثاني هو المختبر الذي يجري فيه هذا الكشف، وليس فيه إكراه أو أكل مال الناس ظلماً، وهذه هي التجارة المقصودة في الآية.

ومهما يكن من أمر فإن جمهور المفسرين على أن الآية عامة تشتمل سائر أنواع التجارات، وأن المقصود بالباطل الوارد في الآية هو: «ما نص الشرع على تحريمه كالربا، والقمار، وما جرى مجرى ذلك من صنوف الحيل»⁽³⁾.

فإذا ثبت بذلك أن البصمة عقد بين طرفين، فتنزل تحت قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁴⁾.

فوجه الدلالة في الآية أنه ينبغي الوفاء بالعقود والعهود، وفي الوفاء بها

(1) سورة: البقرة، الآية: 275.

(2) سورة: النساء، الآية: 29.

(3) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم: 1 / 593، دار الفكر-بيروت، 1414هـ-1994م. الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن 4 / 33، دار الكتب العلمية-بيروت. الطبعة الثالثة، 1420-1999، وانظر: القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن 2 / 152، دار إحياء التراث العربي-بيروت-1405هـ-1985م، الجصاص، أحمد بن علي: أحكام القرآن 2 / 219، دار الكتب العلمية-بيروت، د.ت.

(4) سورة: المائدة: الآية: 1.

دليل على صحة أصلها، «وكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد»⁽¹⁾.

المطلب الثالث: الأدلة من السنة:

تنزل البصمة الوراثية تحت حكم الأشياء النافعة التي لم يأت نص من الشارع بتحريمها، وهذه طائفة من الأحاديث النبوية التي تبين ذلك:

1 - قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»⁽²⁾.

قال الصنعاني⁽³⁾: «إن النبي ﷺ اعتبر التصالح بين الناس، وإنما خص المسلمين بالذكر لأنهم المعتبرون في الخطاب، المنقادون لأحكام السنة والكتاب، وظاهره عموم صحة الصلح»⁽⁴⁾، سواء أكان قبل اتضاح الحق للخصم أم بعده، إلا ما استثناه الحديث، كما أفاد الحديث أيضاً لزوم الشرط⁽⁵⁾، إذا شرطه المسلم، وأن المسلمين ثابتون على شروطهم، واقفون عندها، إلا ما

(1) الجصاص: أحكام القرآن، 2/370.

(2) الترمذي: السنن في كتاب الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، ص: 416، رقم الحديث (1356)، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2001م، أبو داود: السنن في الأقضية، باب في الصلح، ص: 553، رقم الحديث (3594)، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م، ابن ماجه: السنن في الأحكام، باب الصلح، ص: 350، رقم الحديث (2353)، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ - 2001م.

(3) محمد بن إسماعيل الصنعاني الملقب بالأمر، ولد سنة 1099هـ بكحلان وتوفي بصنعاء 1182هـ، مجتهد من بيت الإمامة في اليمن، أصيب بمحن كثيرة، له نحو مئة مؤلف منها: سبل السلام شرح بلوغ المرام لابن حجر، والمسائل المرضية في بيان اتفاق أهل السنة والزيدية، خير الدين الزركلي: الأعلام 6/38 دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة السادسة 1984م.

(4) الصلح لغة: قطع النزاع، وشرعاً عقد يحصل به ذلك، الرمي: أحمد بن حمزة: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 4/371، المكتبة الإسلامية، د.ت.

(5) الشرط: ما كان عدمه مخالفاً بحكمة السبب، الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 1/112، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م.

حَرَمَ حلالاً أو أحلَّ حراماً»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: أن التعامل بالبصمة لا يخلو كونه صلحاً، أو شرطاً، أو عقداً⁽²⁾، فيكون له أحكامهم إلا أن يحرم حلالاً، أو يحلَّ حراماً فيحرم.

2 - قال رسول الله ﷺ: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وحدَّ حدوداً فلا تعتدوها، وسكت⁽³⁾ عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها»⁽⁴⁾.

وقد سئل رسول الله ﷺ عن السمن والجبن والفراء؟ فقال: «الحلال ما أحلَّ الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه»⁽⁵⁾.

وجه الدلالة في الحديث: أن الحدود والفرائض والمحرمات منصوصة في كتاب الله واضحة، والباقي غير المنصوص عليه فهو في حكم العفو الذي أباحه الله تعالى، وقد ذكر ابن رجب⁽⁶⁾ الحنبلي في جامع العلوم والحكم «أن

(1) انظر: الصنعاني: سبل السلام ص536-537، دار ابن حزم-بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ-2003م.

(2) العقد: ما يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به، محمود الألوسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني 3/223، دار الكتب العلمية-بيروت.

(3) الأصل في الرواية غفل، قال الهيثمي، علي بن أبي بكر في مجمع الزوائد 1/171: كأن بعض الرواة ظن أن هذا معنى سكت فرواها كذلك، رجاله رجال الصحيح، دار الكتب العلمية-بيروت - 1408 - 1988

(4) ابن رجب: جامع العلوم والحكم، ص: 337 دار ابن حزم-بيروت، الطبعة الثانية 1423هـ-2002م، الدارقطني، علي بن عمر: السنن 4/184. عالم الكتب - بيروت، الطبعة الرابعة، 1406هـ-1986م.

(5) الترمذي: السنن في اللباس عن رسول الله، باب ما جاء في لبس الفراء، ص: 523، رقم الحديث (1037)، ابن ماجه: السنن في الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن ص: 511، رقم الحديث (3367).

(6) أحمد بن أبي أحمد هو ابن رجب الحنبلي، قدم دمشق سنة 744، شرح جامع الترمذي، وشرح أربعين النووي، وله كتاب اللطائف والقواعد الفقهية، سكن بالمدرسة السكرية، ولم يتردد إلى أحد من ذوي الولايات، توفي سنة 795، دفن بباب الصغير، ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب في أخبار من ذهب 6/339، المكتب التجاري-بيروت، د.ت.

التحليل والتحریم يكون في نصوص الكتاب والسنة، وإن دلالة هذه النصوص قد تكون بطريق النص والتصريح، وقد تكون بطريق العموم والشمول، وقد تكون بطريق الفحوى والتنبيه، وقد تكون بطريق مفهوم المخالفة⁽¹⁾، وقد تكون من طريق القياس⁽²⁾، فهذا كله مما يُعرف به دلالة النصوص على التحليل والتحریم، فأما ما انتفى فيه ذلك كله هنا يُستدل بعدم ذكره بإيجاب أو تحریم على أنه معفو عنه⁽³⁾.

والبصمة الوراثية فيها نفع طبي يُستفاد منه بطريق التداوي⁽⁴⁾، فإن لم تنزل شرعاً وفقهاً تحت باب التداوي، فإنها ولا بُدُ تنزل تحت مرتبة العفو الذي سكت عنه الشارع من غير نسيان.

3 - عن وابصة بن معبد قال: أتيت رسول الله ﷺ، فقال: «جئت تسأل عن البر والإثم»، قلت: نعم، قال: فجمع بأصابعه فضرب بها صدره وقال: «استفت نفسك يا وابصة - ثلاثاً - البر ما اطمأنت إليه النفس واطمأن إليه القلب، والإثم: ما حاك في النفس وتردد في الصدر، وإن أفتاك الناس وأفتوك»⁽⁵⁾.

وعن عبد الرحمن أن رجلاً سأل النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، ما

- (1) ما يكون المسكوت عنه مخالفاً للمذكور في الحكم إثباتاً ونفيًا، فيثبت للمسكوت عنه نقيض حكم المنطوق به، ويسمى دليل الخطاب، الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص: 157، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1999م.
- (2) هو حمل أحد المعلومين على الآخر في إيجاب بعض الأحكام لهما وإسقاطه عنهما بأمر يجمع بينهما، الباجي: إحكام الفصول، ص: 457.
- (3) انظر: جامع العلوم والحكم، ص: 345، وانظر في ذلك: الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة 1/100، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1420 - 1999.
- (4) قال رسول الله ﷺ: «تداووا عباد الله فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء»، الترمذي: السنن في الطب عن رسول الله، باب ما جاء في الدواء والحث عليه، ص: 594، رقم الحديث (2043).
- (5) مسلم: الصحيح في البر والصلة، باب تفسير البر والإثم، ص: 112، رقم الحديث (2553)، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ - 2002م، الإمام أحمد: المسند، مسند الشاميين، حديث وابصة الأسدي نزل الرقة، الجزء الثاني 4/533، مؤسسة قرطبة - الأندلس، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1979م، الدارمي، عبد الله بن بهرام: السنن في البيوع، باب دع ما يريك إلى ما يريك، 2/246، رقم الحديث (2421)، دار الفكر - بيروت، د.ت.

يحل لي وما يحرم عليّ؟ وردّد عليه ثلاث مرات، كل ذلك يسكت النبي ﷺ، ثم قال: «أين السائل؟» قال: أنا ذا يا رسول، فقال بأصبعه: «ما أنكر قلبك فدعه»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال بالحديث: أن النبي ﷺ ترك قاعدة مهمة يهتدي بهديها المسلم صاحب الفطرة السليمة، وذلك في المستجدات الطارئة، فعند عدم النص أو ما يُقاس عليه يهتدي صاحب الفطرة السليمة إلى الحق على ضوء هذه القاعدة، والبصمة الوراثية تحليل علمي يكشف عن صفات الإنسان الوراثية، وينتفع بها في مسائل طبية أخرى، فهل يحار القلب السليم والفطرة النقية في حل هذا التحليل وما ينتج عنه؟

المطلب الرابع: الأدلة من المعقول:

البصمة الوراثية حدث جديد لم يرد في حكمه نص ينهى عنه، ولاشتماله على كثير من المنافع الطبية وغيرها فالأصل فيه الإباحة حتى يرد نص قاطع بتحريمه، ومما يدل من المعقول على إباحته التالي:

الوجه الأول: إن تحريم ما لم يرد بشأنه نص يعتبر من باب التكليف دون بيان، وهو تكليف بما لا يُطاق، وهو أمر قبيح تعالى الله عنه علواً كبيراً⁽²⁾.

الوجه الثاني: إن الدين الحنيف يتشوف دائماً إلى كشف الحقائق، وتوضيح المبهمات، وخاصة عندما يتعلق الأمر بمظلوم متهم، والبصمة توضح كثيراً من المبهمات، وترفع الظلم عن كثير من المتهمين الأبرياء، والله لا يحب الظلم ولا يرضاه لعباده.

الوجه الثالث: إن البصمة الوراثية تُعتبر في حكم المنصوص على طلبها، من باب أنها تكشف عن آيات الله في خلقه، وتبين الإعجاز في تديره

(1) الهندي، تقي الدين: كنز العمال في السنن والأقوال: 797/3، باب الورع، رقم الحديث (8791)، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الخامسة، 1405هـ - 1985م.

(2) محمد الخضري: أصول الفقه، ص: 355، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة السادسة، 1389هـ - 1969م.

جلّ شأنه، وحسبنا في ذلك قوله تعالى: ﴿وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ﴾⁽¹⁾.

ومن ذلك كله يتلخص ما يلي:

- 1 - البصمة الوراثية لها حكم الأصل، والأصل في الأشياء الإباحة.
- 2 - البصمة الوراثية نوع من أنواع العقود المُتراض عليها بين طرفي العقد.
- 3 - البصمة الوراثية نوع من التصالح أو الشروط المطلوبة.
- 4 - البصمة الوراثية فيها منافع طيبة، فتتنزل تحت باب الأمر بالتداوي، فإن لم تنزل تحت هذا الباب فهي من باب العفو الذي تركه الشارع من غير نسيان.
- 5 - البصمة الوراثية كشف حديث يحلّ كثيراً من الخفايا، وذلك مما يرفع الجور والحرّج عن المتهمين الأبرياء، وذلك مما تراح النفس الإنسانية إليه بل تطلبه.
- 6 - تحريم العمل بالبصمة الوراثية فيه من الجرأة على الله ما فيه، وتكليف دون دليل علمي ومستند شرعي.
- 7 - البصمة الوراثية تبين آيات الله في خلقه، وهي بذلك تلتحق بالمباحات، بل بالمطلوبات.
- 8 - إن الشارع اعتبر القرائن واللوث كما في باب القسامة والبصمة أقوى من هذه القرائن وقد أقرّ النبي ﷺ مبدأ القيافة وهذه أضبط منها.

المطلب الخامس: شبه التحريم والردّ عليها

بما أن البصمة الوراثية مكتشف جديد فله حكم الأصل، فلمّا كانت معتزلة ببغداد وبعض الشيعة الإمامية وبعض العلماء⁽²⁾، يقولون بأن الأصل في الأشياء الحرمة، مستندين إلى دلائل من الكتاب والسنة، والمعقول، فإنّي

(1) سورة: الذاريات: الآية: 21.

(2) قال بذلك بعض العلماء، منهم الشيخ أبو علي بن أبي هريرة، وابن حامد، وأبو بكر الأبهري، وأبو يعلى الخلواني وغيرهم، انظر المصادر التالية: السبكي: الإبهاج، 1/ 142، الباجي: إحكام الفصول، ص: 608-609، ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام 1/ 52، مطبعة العاصمة - القاهرة، د، ت، الرازي: المحصول 1/ 158، الغزالي: المستصفى 1/ 63.

أعرض أدلتهم مع مناقشتها بحول الله تعالى وقوته .

أولاً: من الكتاب:

1 - قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة ذكرت إتمام الدين بأحكامه «الحلال والحرام»، فإن كل مكتشف أو عقد جديد، يكون زيادة على الإكمال، فهو إذن ادعاء بنقص الشريعة.

يقول ابن كثير⁽²⁾ في تفسير الآية: عن ابن عباس، قال: هو الإسلام، أخبر الله نبيه ﷺ والمؤمنين أنه قد أكمل لهم الإيمان فلا يحتاجون إلى زيادة أبداً، وقد رضي الله تعالى فلا يسخطه أبداً، وقيل عن الآية أنها نزلت يوم عرفة، ولم ينزل بعدها حلال ولا حرام⁽³⁾.

ثانياً: من السنة:

1 - حديث عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق»⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: بطلان كل شرط مُستحدث ليس في كتاب الله بنص

الحديث.

(1) سورة: المائدة، الآية: 3.

(2) إسماعيل بن كثير ولد سنة 701، ثم انتقل إلى دمشق سنة 706، أخذ عن ابن تيمية، انتهت إليه رئاسة العلم في التاريخ والحديث والتفسير، ألف كتاب أحكام التنبيه، وله كتاب تفسير القرآن العظيم والبداية والنهاية، وطبقات الشافعية، توفي سنة 744هـ ودفن بمقابر الصوفية، ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب 6/231، وابن حجر: الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة 1/374، د.ت.

(3) تفسير القرآن العظيم: 18/2، والذي قال عن الآية: أسباط عن السدي.

(4) فتح الباري، الصحيح في المكاتب، باب استعانة المكاتب وسؤاله للناس، ص: 129، رقم الحديث (2563)، بيت الأفكار الدولية، د.ت.

2 - حديث عائشة رضي الله عنها : عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: وضوح بطلان كل إضافة على شرع الله، إذا لم يكن منه .

ثالثاً: من المعقول:

1 - إن الشارع الحكيم هو المنفرد بالتشريع، فأى عقد أو شرط، أو تعامل لم ينص عليه من الشارع، فهو اعتداء على الانفرادية بالتشريع، وبالتالي يتعدّد المشرعون .

2 - التعامل بالبصمة الوراثية فيها من الإخلال بالمبدأ التكريمي لبني آدم ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾⁽²⁾، وفيها من العبث بخلايا الإنسان ما فيها .

رابعاً: مناقشة هذه الأدلة:

1 - تُثبت الآية: ﴿أَلْيَوْمَ أَكَلْتُمْ...﴾ إكمال الدين بقواعده الكلية، وأحكامه الفرعية والجزئية، فكل تصرف أو عقد مستحدث يدخل تحت القواعد الكلية أو الأحكام الفرعية لا يكون بمنزلة الإدخال، وبذلك تكون الآية ليست حجة على الحرمة بل على العكس، وليس فيها ما يقال من تنقيص الشريعة .

2 - أما القول بأنه لم ينزل بعدها حلال ولا حرام، فهذا واضح ومتفق عليه، ولكن البصمة تقع تحت قواعد الحلال المستنبطة من الآيات والأحاديث الآنف الذكر، وبذلك يتنفي التعليل بالحرمة .

3 - أما الحديث: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فإن شرط التعامل بالبصمة الوراثية لا يخالف القواعد المستنبطة من كتاب الله تعالى، بل هذه القواعد تؤيده وتسانده وليس في الحديث تحريم المستحدثات

(1) مسلم: الصحيح في الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور، ص: 762، رقم الحديث (1718).

(2) سورة: الإسراء، الآية: 70.

التي لا تعارض تلك القواعد والنصوص .

4 - أما القول بأن هذا الشيء مستحدث ومردود، وأن الله هو المنفرد بالتشريع، فيحدث تعدد المشرعين فيناقش من وجوه:

أ - ليس كل مستحدث حراماً، وقد ظهرت آلاف المستحدثات التي تخدم حاجة الإنسان وترفع الحرج عنه والتي ليس فيها نص بالحرمة، وتقبلتها الأمة وأجمعت على استخدامها والعمل بها.

ب - أما انفراد الشارع بالتشريع فهو حق ولا وجه لردّه، ولكن هذا التشريع له ميزة خاصة بحيث يتألف من أصول كلية تستوعب كل جديد لا يُناقض هذه الأصول، وبذلك يكون ديناً خاتماً، يتناسب مع كل زمان ومكان، والبصمة تنزل منزلة الحاجة الطبية الاجتماعية التي تدخل تحت مقاصد الشريعة، وأصول الدين الكلية.

ج - إن النبي ﷺ قيد المحدث المردود بما كان في الدين من العبادات فهذه لا مجال فيها للإحداث لأنها تكون من البدع.

د - قيده بما ليس فيه فلو كان المحدث مندرجاً تحت أصول الشريعة وضوابطها فليس بمردود.

الرأي الراجح في المسألة:

بعد عرض أدلة الفريقين، ومناقشة أدلة المحرّمين، تظهر قوّة أدلة المجوّزين، وترتاح النفس وتطمئن إلى قول جمهور أهل العلم بجواز استعمال البصمة الوراثية.

المبحث الثالث الطرق الشرعية لإثبات النسب:

المطلب الأول: تعريف النسب لغة وشرعاً:

أولاً: النسب لغة:

القرابة، وسميت القرابة نسباً لما بينهما من صلة واتصال، وأصله من قولهم نسبته إلى أبيه نسباً، والاسم: النسبة بالكسر، وتجمع على نسب، وقيل: يكون النسب من قبل الأب، ومن قبل الأم، وقال بعض أهل اللغة: هو في الآباء خاصة على اعتبار أن المرء إنما يُنسب لأبيه فقط، ولا يُنسب لأمه إلا في حالات استثنائية.

والنَّسَبُ والنِّسْبَةُ: اشتراك من جهة أحد الأبوين، وذلك ضربان: نسب بالطول، كالأشتراك بين الآباء والأبناء، ونسب بالعرض كالنسبة بين بني الأخوة، وبين الأعمام⁽¹⁾.

ثانياً: النسب شرعاً:

النسب هو القرابة، والمراد بها الرحم، وهو لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة، قُرِبَتْ أو بَعُدَتْ، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم⁽²⁾.

(1) الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص: 801، دار القلم، دمشق، تحقيق صفوان داوودي الطبعة الثانية - 1418هـ - 1997م. الفيروزآبادي: القاموس المحيط 1/ 229، دار إحياء التراث - بيروت 1417هـ - 1997م، شركة مصطفى الحلبي - مصر، الطبعة الأخيرة، 1381هـ - 1961م.

(2) المارديني: حاشية محمد البقري على متن الرحبية للمارديني، ص: 11، مصر، 1342هـ.

أو هو: القرابة، «وهي الاتصال بين إنسانين بالاشترار في ولادة قريبة أو بعيدة»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أهمية النسب في الإسلام

للنسب في الإسلام أهمية كبرى من حيث الحفاظ على عدم اختلاطه بغيره، ولا أدل على عظيم شأنه من أنه جعل في طليعة الضروريات الخمس التي اتفقت الشريعة على حفظها، ولذلك حرّم الإسلام العلائق الجنسية الفوضوية من غير زواج أو ملك يمين، حفاظاً على الأنساب وعدم اختلاطها، فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنْ أَبْغَىٰ ذَلِكُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٧) ﴿⁽²⁾. وحرّم الإسلام الانتساب إلى غير الآباء، فقال ﷺ: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام»⁽³⁾.

وبالمقابل شدّد الإسلام بالتهديد والوعيد للذين يُنكرون نسب أبنائهم من آباء وأمّهات، ويرفضونهم ويتبرؤون منهم، فقال ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَىٰ قَوْمٍ مِّنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ الْجَنَّةَ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَعَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَفُضِّحَهُ عَلَىٰ رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ»⁽⁴⁾.

وأبطل الإسلام التبني وحرّمه، وشجّع كفالة اليتيم وحضّ عليها، فأما

- (1) التعلبي، عبد القادر بن عمر: نيل المآرب بشرح دليل الطالب 55/2، تحقيق محمد سليمان الأشقر، دار النفائس، عمان، الطبعة الأولى والثانية، 1403هـ - 1983م - 1999م.
- (2) سورة: المؤمنون، الآية: 5-7، ولا يُوجد في وقتنا الحاضر مُلك يمين.
- (3) مسلم: الصحيح، في الإيمان، باب حال من رغب عن أبيه وهو يعلم، ص: 45، رقم الحديث (63)، البخاري: فتح الباري، الصحيح في الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، 3/2989، رقم الحديث (6766).
- (4) أبو داود: السنن في الفرائض، باب التغليظ في الانتفاء، ص: 348، رقم الحديث (2263)، والنسائي السنن في الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء من الولد، ص: 510، رقم الحديث (3483)، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ - 1999م، وابن ماجه: السنن، في الفرائض، باب من أنكر ولده، ص: 413-414، رقم الحديث (2743).

تحريم التبني ففيه قول الله تبارك وتعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾⁽¹⁾، وأمّا كفالة اليتيم والحض عليها، ففيها قوله عليه الصلاة والسلام: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا» وقال بإصبعيه السبابة والوسطى⁽²⁾.

المطلب الثالث: الطرق الشرعية لإثبات النسب:

والمقصود هنا الطرق الشرعية المتفق عليها بين الفقهاء، والتي تثبت نسب الابن من أبيه، وهذه الطرق هي التالية:

أولاً: إثبات النسب بالفراش:

الفراش هنا يقصد به الفراش الشرعي الذي عليه تقوم الحياة الزوجية من نكاح صحيح، أو ما يشبهه، وهذه الطريق من أقوى الطرق في إثبات النسب، «وهي مما أجمعت عليه الأمة»⁽³⁾.

والجمهور على أن الفراش اسم للمرأة، وقد يعبر به عن حالة الافتراش⁽⁴⁾، ويدل لذلك قوله تعالى: ﴿وَفُرُشٍ مَّرْقُوعَةٍ﴾^(٣٤) إِنَّا أَنْشَأْنَهُنَّ إِنِشَاءً ﴿٣٥﴾ جَعَلْنَهُنَّ أَبْكَارًا ﴿٣٦﴾ وقيل في تفسير الفراش: هو ذكر الفرش على النساء اللاتي يُضَاجَعْنَ⁽⁶⁾، وفي رواية عن أبي حنيفة: أن الفراش اسم للزوج⁽⁷⁾.

(1) سورة: الأحزاب، الآية: 5.

(2) البخاري: الصحيح، في الأدب، باب فضل من يعول يتيماً، ص: 1106، رقم الحديث (6005)، دار الكتب العلمية، بيروت - الطبعة الرابعة، 1425هـ - 2004م.

(3) ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، 5/410، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثالثة عشر، 1406هـ - 1986م.

(4) الصنعاني: سبل السلام، ص: 697، وانظره: في فتح الباري 3/2981، تحت شرح الحديث رقم (6750)، الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 6/242، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية 1406هـ - 1986م.

(5) سورة: الواقعة، الآيات: 34-36.

(6) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 4/351.

(7) الصنعاني: سبل السلام، ص: 697،

ومهما يكن من أمر فإنّ الزوجية وفراشها هي من الأدلة الواضحة على ثبوت النسب، وخاصة في المجتمعات التي لا تسمح ببناء علاقات أسرية سرّية، كالمجتمعات الإسلامية، فإذا ثبت النسب بالفراش الشرعي الذي هو الزواج الصحيح أو ملك يمين، فلا مسوغ للجوء إلى إثباته بالبصمة الوراثية أو غيرها، إلّا في حالات خاصة تثبت البراهين القطعية أن هناك زنى وهذه الحالات سيأتي بيانها بإذن الله تعالى.

ثانياً: إثبات النسب بالبينة أو الشهادة:

هذه وسيلة ثانية من وسائل إثبات النسب، لأن وثيقة الزواج أو شاهدي العدل هما اللذان يبينان عبر الشهادة أنّ فلاناً ابن فلان من نكاح شرعي. والبينة لغة:

هي الوضوح والظهور، تقول بيّن الشيء تبييناً وتبيناً، أي أوضحه⁽¹⁾.

البينة في الاصطلاح الشرعي:

هي اسم لما يبيّن من الحق ويظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة تكون ثلاثة بالنص في بينة المفلس، وتارة شاهدين، وشاهداً واحداً، وامرأة واحدة، ونكولاً ويميناً أو خمسين يمينا، أو أربعة أيّمان، وتكون شاهد الحال في صور كثيرة⁽²⁾.

تعريف الشهادة لغة:

خبر قاطع، والمشاهدة: المعاينة، وشهده: أي حضره فهو شاهد،

(1) ابن منظور: لسان العرب 1/562-563، دار التراث العربي-بيروت الطبعة الثالثة، 1419هـ-

1999م، ومحمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، ص: 72، دار الفكر-بيروت، 1401هـ-1981م.

(2) ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 24، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية-بيروت د.ت.

وشهد له: أي أدى ما عنده من الشهادة، والشاهد: العالم الذي يُبين ما علمه⁽¹⁾.

تعريف الشهادة في الاصطلاح:

هي خبرٌ قاطع بما حضر وعاین، أو بما علم واستفاض⁽²⁾ أو هي إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء⁽³⁾.

فالشهادة والبيّنة هي من الأدلة القاطعة على ثبوت النسب، وذلك بوضوح البيّنة، والشهادة القاطعة على ذلك النسب المدعى، وقد أجمع الفقهاء على مشروعية الشهادة والعمل بموجبها في الجملة، وأنها وسيلة من وسائل ثبوت فراش النسب⁽⁴⁾، وكذلك نصّ الفقهاء على أن بيّنة الشهادة حُجة شرعية تُظهر الحق ولا توجب⁽⁵⁾، ولكن عند المعارضة، وإذا كانت الشهادة مُظهرة للحق، فينبغي على القاضي الحكم بها، لأن الحكم بالحق واجب. ومع الإجماع على مشروعية الشهادة والعمل بموجبها، وأنها وسيلة من

- (1) ابن منظور: لسان العرب 7/ 233، محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، ص: 349.
- (2) محمد بن أحمد بن بطال الرکبي: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب 2/ 323، وهو مع المهذب للشيرازي، دار الفكر، د.ت.
- (3) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير للعاجز الفقير، 6/ 446، دار إحياء التراث العربي، دار الكتب العلمية - بيروت د.ت.
- (4) داماد أفندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر 2/ 162، ومعه الدر المنتقى في شرح المنتقى لمحمد بن علي الحصني، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى 1419هـ - 1998م، الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 6/ 421، تحقيق محمد خير طعمة حلبي، دار المعرفة بيروت، الطبعة الأولى 1420هـ - 2000م، ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: 2/ 462، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ - 1988م، المغربي، محمد بن محمد مواهب الجليل لشرح مختصر خليل 8/ 213، ومعه التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى 1416هـ - 1995م. المرادوي، علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 12/ 14، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1998م.
- الشربيني، محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على منهاج الطالبين للنووي، 4/ 437، دار الفكر - بيروت د.ت، ابن الهمام: فتح القدير 6/ 7، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى 1317هـ.
- (5) المرادوي: الإنصاف 5/ 12.

وسائل الإثبات إلا أن الفقهاء اختلفوا بعدد ونوعية الشهود، فمنهم من قال: تثبت الشهادة برجل وامرأتين أو بشهادة أربع نساء عادلات، أو شهادة رجل ويمين المدعي، غير أن مذهب جماهير الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، أنه لا يُقبل في إثبات النسب بالشهادة إلا شهادة رجلين عادلين⁽¹⁾. فإذا ثبت النسب بشهادة رجلين عادلين فلا حاجة ولا ضرورة البتة للجوء إلى الطرق الحديثة كالبصمة الوراثية، لأن الفقهاء أجمعوا على ثبوت النسب في الشهادة فلا ضرورة للانحياز عنها⁽²⁾.

ثالثاً: إثبات النسب بالإقرار أو الاستلحاق:

هذه هي الوسيلة الثالثة لإثبات النسب، وتقوم على إقرار من واحد من الناس يشهد على نفسه بحق الغير، كأن يعترف المرء بأن الطفل ابنه.

الإقرار لغة:

يُطلق على الاعتراف والإثبات، يُقال أقرّ بالحق، إذا اعترف به وأثبتته، ويُقال: أقرّ على نفسه بالذنب، أثبته ويُقال: أقررت الكلام لفلان إقراراً: أي بيّنته حتى عرفه⁽³⁾.

الإقرار في الاصطلاح الفقهي:

هو عند الشافعية: الإخبار عمّا قرّ وثبت وتقدّم، أو هو إخبار عن حقّ سابق⁽⁴⁾.

(1) الميرغاني: الهداية شرح بداية المبتدئ 117/3، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1410هـ 1990م، المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل 8/204. الشيرازي: المهذب، 2/334-335، دار الفكر، د.ت.

(2) حصل في شمال لبنان تبادل بين طفلتين في المستشفى وتم اكتشاف ذلك بعد عشر سنوات بفحص د. ن. أ، ولم ينفع الشهود، عرضت ذلك محطة المستقبل في برنامج سيرة وانفتحت الذي يُعرض نهار الاثنين عند التاسعة والنصف مساءً.

(3) ابن منظور: لسان العرب، 5/88، مادة قرر، الفيروز أبادي: القاموس المحيط، 2/120، دار الجليل بيروت، د.ت.

(4) الشيرازي: المهذب 2/343، الرملي، أحمد بن حمزة: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 5/64، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأخيرة 1967م.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الإقرار بإنشاء حق وليس إخباراً⁽¹⁾ ويُقصر الإقرار عند الحنفية على ما ولدته الأمة وسموه الاستلحاق⁽²⁾، أما عند الجمهور فلا فرق بين ولد النكاح وولد التسري أخذاً بعموم الفراش⁽³⁾.
والواضح أنه لا خلاف بين الفقهاء في حجية الإقرار في النسب للمقر، إذا توافرت شروطه⁽⁴⁾.

أما الإقرار بالنسب إلى الغير كما لو أقرّ إنسان بأن فلاناً أخاه من الأب أو الأم، أو منهما، فلا يُقبل هذا الإقرار إلا بالبينة، لأنه ادعاء يرتب حقاً على الغير⁽⁵⁾.

فإذا أقرّ شخص بنسب ابنه وتوافرت شروط ذلك فلا حاجة إلى اللجوء إلى أي إجراء آخر لتثبيت ذلك النسب، فقد ثبت شرعاً بالإقرار، وذلك باتفاق الفقهاء.

رابعاً: إثبات النسب بالاستفاضة:

الاستفاضة في اللغة: مصدر استفاض، يُقال استفاض الحديث والخبر وفاض، بمعنى ذاع وانتشر، وأصل الإفاضة: الزيادة، نقول: فاض الماء فيضاً وفيضاناً، أي كثر حتى سال، فهو فائض وفاض، وحديث مستفيض: ذائع ومُستفاض قد استفاضوا: أي أخذوا فيه⁽⁶⁾.

- (1) داماد أفندي: مجمع الأنهر 2/288، حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار 4/448، دار إحياء التراث، بيروت، الطبعة الثانية 1407هـ-1987م.
- (2) استعمله الحنفية كثيراً في التسري، لأن لا يلحق السيد إلا به، وأطلقوا عليه أيضاً الدعوة، حاشية ابن عابدين 3/223.
- (3) ابن حجر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري 12/39، 40.
- (4) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم: الإجماع، ص: 97، رقم (360) مكتبة الفرقان، مكتبة مكة، الإمارات، الطبعة الثانية، 1420هـ-1999م.
- (5) انظر: في فقه المذاهب، ابن رشد: بداية المجتهد 2/359، دار القلم-بيروت، ت، الكاساني: بدائع الصنائع 6/199، حاشية ابن عابدين 4/457، ابن الهمام: فتح القدير 3/262، داماد أفندي: مجمع الأنهر 2/285-287، حاشية الدسوقي 3/415، دار الفكر-بيروت، الشيرازي: المهذب 2/352، الشربيني: مغني المحتاج 2/259، المرادوي: الإنصاف 12/149، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 5/332، دار الكتب العلمية.
- (6) ابن منظور: لسان العرب 7/210-211-212.

فالاستفاضة إذن توحى إلى إشاعة الخبر وازدياده بين الناس، حتى يفيض بينهم، كقولهم: سمعنا أن فلاناً ابن فلان.

وقد أجمع أهل العلم على صحّة الشهادة بالاستفاضة من السماع في النسب والولادة، قال صاحب كتاب الإجماع: «أما النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به، إذ لا سبيل إلى معرفة قطعاً بغيره، ولا تمكّن المشاهدة فيه، ولو اعتبرت المشاهدة فيه لما عرف أحداً أباه، ولا أمه، ولا أحداً من أقاربه، قال تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ﴾⁽¹⁾»⁽²⁾.

وخوفاً من تعطيل الأحكام، والخرج في هذه القضايا، اقتصر الفقهاء في حجية الاستفاضة على ما يشتهر ويُسمع غالباً، كالموت والنكاح والنسب، لأنه يتعدّر العلم غالباً بدون الاستفاضة⁽³⁾.

أما وقد اتضح اتفاق الفقهاء على إثبات النسب بالفراش والبينة، والإقرار، والاستفاضة، فلا يمكن البحث في ثبوت النسب إذا ثبت بهذه الطرق الأربعة، ولا لجوء لغيرها، أما ما اختلف فيه الفقهاء فيمكن للبصمة أن تتدخل فيه وتحلّ محلّه، هذا ما سأتكلم عنه في المبحث التالي إن شاء الله تعالى.

(1) سورة: البقرة: الآية: 146.

(2) ابن قدامة، موفق الدين وشمس الدين: المغني والشرح الكبير 12/23، دار الكتاب العربي - بيروت، 1403هـ-1983م.

(3) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب: 2/335، الشربيني: مغني المحتاج 4/448، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 12/23-24، حاشية ابن عابدين 4/375.

المبحث الرابع

أثر البجمة الوراثية على إثبات النسب بالقيافة

القيافة طريقة لإثبات النسب لم يتفق عليها الفقهاء، بل حصل الاختلاف في قبولها، والتي ستكون محور هذا البحث:

المطلب الأول: تعريف القيافة لغة وشرعاً:

١ - القيافة لغة:

القائف: الذي يعرف الآثار، وجمعه قافة، يُقال قُفت أثره إذا اتبعته، مثل: قفوت أثره⁽¹⁾.

٢ - القيافة اصطلاحاً:

القائف الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه ونحوهما⁽²⁾، أو هو الذي يعرف النسب بفراسته، ونظره إلى أعضاء المولود⁽³⁾، أو هو الذي يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصّه الله تعالى من علم ذلك⁽⁴⁾.

والتعريف المختار للقائف: هو الذي ينسب الولد لأحد المتنازعين بما لديه من علم بالشبه.

والقيافة عند القائلين بها لا تُستعمل إلا عند التنازع، فبوجود الفراش

(1) ابن منظور: لسان العرب 9/ 293.

(2) الصنعاني: سُبُل السلام، ص: 896، ابن منظور: لسان العرب 9/ 293.

(3) الجرجاني: علي بن محمد: التعريفات، ص: 171، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403 هـ - 1983 م.

(4) الشربيني: مغني المحتاج: 4 / 488.

والبيّنة لا يُحتكم إلى القيافة، إنما الاحتكام إليها في حالات التنازع التالية:

- 1- وجود التهمة الظاهرة، ومن أمثلتها التهمة في نسب أسامة بن زيد من أبيه زيد بن حارثة، لسواد بشرة الابن وبياض بشرة الأب⁽¹⁾.
- 2- اللقيط إذا تنازع على نسبه رجلان فأكثر.
- 3- اختلاط المولودين في المستشفيات.
- 4- الوطاء بشبهة من رجلين لامرأة واحدة، فحملت من أحدهما.
- 5- عند تعارض بيّنتين متساويتين على ثبوت النسب أو نفيه.

المطلب الثاني: آراء المذاهب في الاحتكام للقيافة في إثبات النسب المتنازع فيه:

اختلف الفقهاء في الأخذ بالقيافة دليلاً على ثبوت النسب على رأيين، رأي لجمهور الفقهاء والثاني للحنفية:

أولاً: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى ثبوت النسب بالقيافة عند النزاع، وعدم توافر الأدلة المرجّحة، أو عند تعارضها⁽²⁾.

ثانياً: ذهب الحنفية والهادوية والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية إلى عدم الأخذ بالقيافة دليلاً أو قرينة لإثبات النسب بحال، وإنما يتجه في حال النزاع إلى إثبات الولد للمتنازعين جميعاً⁽³⁾.

(1) أبو داود: السنن في الطلاق، باب: في القافة، ص: 349، رقم الحديث (2268).

(2) الصنعاني: سبل السلام، ص: 896، ابن القيم: تحفة المودود بأحكام المولود، ص: 182، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2003م، ابن رشد: بداية المجتهد 2/ 362، الشافعي: الأم 6/ 248-249، دار المعرفة، بيروت، د.ت، الشربيني: مغني المحتاج 4/ 489، القرافي: الفروق 4/ 99، دار المعرفة-بيروت، د.ت، ابن حجر: فتح الباري 12/ 56 دار المعرفة د.ت، حديث (6771)، موفق الدين، ابن قدامة المقدسي: الكافي في فقه الإمام الميجل أحمد بن حنبل 2/ 368، المكتب الإسلامي، تحقيق زهير الشاويش، الطبعة الرابعة، 1405، 1985م.

(3) انظر في فقه الحنفية الكاساني: بدائع الصنائع 6/ 242، شمس الدين السرخسي: المبسوط: 17/ 70، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ 1993م، وللشيعة بالترتيب المذكور: =

المطلب الثالث: أدلة الجمهور:

استدل جمهور الفقهاء لمذهبهم بالسنة، والمأثور، والمعقول.

أولاً: أدلة السنة:

1 - «حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليّ مسروراً، تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم تري إلى مجرّز المدلجي؟» نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد، فقال: «هذه الأقدام بعضها من بعض»⁽¹⁾.

وفي رواية: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ألم تري أن مجرّزاً المدلجي» دخل فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، ومدت أقدامهما، فقال: «إن هذه الأقدام بعضها من بعض»⁽²⁾.

وفي رواية ثانية: أنهم كانوا يقدحون في نسب أسامة لأنه كان أسود شديد السواد مثل القار، وكان زيد مثل القطن»⁽³⁾.

وجه الاستدلال: استبشار النبي صلى الله عليه وسلم وسروره بقول القائف دليل على الأخذ به في إثبات نسب أسامة من زيد، وسروره يدل على أنه الحق.

الحديث الثاني: حديث أنس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في قصة المتلاعنين: «أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابع»⁽⁴⁾ الأليتين،

= العاملي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار العالم الإسلامي 2/ 226، المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة 3/ 144، عبد الله البهلوي وهو المعروف بابن بركة: كتاب الجامع 2/ 165، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، د.ت، وللهادوية: سبل السلام، ص: 897.

(1) فتح الباري: الصحيح، في الفرائض، باب القائف 3/ 2989، رقم الحديث (6770)، مسلم: الصحيح، في الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، ص: 614، رقم الحديث (1459).

(2) فتح الباري: الصحيح، في الفرائض، باب القائف 3/ 2990، رقم الحديث (6771).

(3) أبو داود: السنن، في الطلاق، باب في القافة، ص: 349، رقم الحديث (2268).

(4) سبغ الشيء سبوغاً، طال إلى الأرض، وناقاة سابعة الضلوع وعجزة وآلية وعمة ومطيرة، ودرع سابعة، تامة طويلة، طاهر أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة 2/ 514، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، د.ت.

خدلج⁽¹⁾ الساقين، فهو لشريك بن سحماء»، فجاءت به كذلك، فقال النبي ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»⁽²⁾.

الحديث الثالث: حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما: أن أم سليم الأنصارية - وهي أم أنس بن مالك - قالت يا رسول الله: إن الله لا يستحي من الحق، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟ فقال رسول الله ﷺ: «نعم إذا رأت الماء»، فقالت أم سلمة: وتحتلم المرأة؟ فقال: «تربت يداك، فبم يشبهها ولدها»، وفي رواية لمسلم: «فمن أين يكون الشبه»⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أن إخباره ﷺ بذلك يستلزم أن الشبه مناط شرعي، وإلا لما كان للإخبار فائدة يُعتد بها⁽⁴⁾، وقوله ﷺ: «من أين يكون الشبه استفهام إنكار وتقرير، أن الولد تارة يُشبه أباه، وتارة يُشبه أمه، وتارة يُشبه أمه وأخواله، فأبي الماعين غلب كان الشبه للغالب»⁽⁵⁾.

ثانياً: دليل الماثور:

ما رواه مالك عن سليمان بن يسار، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان إلى عمر رضي الله عنه، كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا قائفاً، فنظر إليه القائف، فقال لقد اشتركا فيه،

(1) الخدلجة هي المرأة المثلثة الذراعين والساقين، والخلد المتلء والضخم، الزاوي: ترتيب القاموس المحيط 24/2.

(2) فتح الباري: الصحيح، في التفسير، باب ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين 1/2060، رقم الحديث (4747)، الصنعاني: سبل السلام، ص: 896، 897.

(3) فتح الباري: الصحيح، في الغسل، باب إذا احتلمت المرأة، 1/424، رقم الحديث (282)، ومسلم: الصحيح، في الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المنى منها، ص: 145، رقم الحديث (311).

(4) الشوكاني: نيل الأوطار 7/82، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1999م، والمناطق الشرعية هو ما يُنَاط به الحكم أي عُلقَت به وهو العلة التي رُتَب عليها الحكم في الأصل، ابن النجار: شرح الكوكب المنير 4/199، وزارة الأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة السعودية، 1424هـ - 2003م..

(5) الصنعاني: سبل السلام، ص: 98، كتاب الطهارة، باب الغسل وحكم الجنب رقم الحديث (101).

فضربه عمرؓ بالدرة، ثم دعا المرأة فقال: أخبريني خبرك، فقالت كان هذا - لأحد الرجلين - يأتيها في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظن أنه قد استقر بها حمل، ثم ينصرف عنها، فأهريق عليه دماً، ثم خلف عليها هذا - يعني الآخر - فلا أدري من أيهما هو، فكبر القائف، فقال عمرؓ للغلام: فإلى أيهما شئت⁽¹⁾.

قال صاحب سبل السلام: «قضاء عمرؓ بمحضر الصحابة بالقيافة من غير إنكار من أحد فكان كالإجماع تقوى به أدلة القيافة»⁽²⁾.

ثالثاً: دليل المعقول:

استدل الجمهور على حجّة القيافة من المعقول بتشوف الشارع إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب، من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته⁽³⁾.

المطلب الرابع: أدلة الحنفية ومن وافقهم:

1- دليل السنة:

حديث عائشةؓ، قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: يا رسول الله، هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه، انظر إليّ شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شبهاً بيناً بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد زمعة، الولد للفراش وللعاشر»

(1) مالك بن أنس، الإمام: الموطأ، في الأفضية، باب إلحاق الولد بأبيه، ص: 647، 648، دار ابن حزم-بيروت، الطبعة الثالثة، 1416هـ-1996م، ولاط الشيء بالشيء: أي ألصقه به، المعجم الوسيط ص: 846.

(2) الصنعاني: سبل السلام، ص: 896-897.

(3) ابن القيم: الطرق الحكيمة، ص: 222.

الحجر، واحتجبي منه يا سودة»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نسب الولد المتنازع عليه للفراش، مع وجود الشبه القوي، فلما لم يحكم بالشبه القوي، بل حكم بالولد للفراش، دلّ على عدم الاحتكام للشبه وهو القيافة.

2- دليل المأثور:

استدل الحنفية ومن وافقهم من المأثور بكتاب عمر رضي الله عنه، إلى شريح الذي كتب إلى عمر في جارية بين شريكين جاءت بولد، فادعيها، فكتب إليه عمر: أتهدما لبسا فلبس عليهما، ولو بيّنا لبين لهما، هو ابنهما، يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر الصحابة من غير نكير، فكان في حكم الإجماع⁽²⁾.

وجه الدلالة: أنه لم ينظر إلى القيافة ولم يطلبها.

3- دليل المعقول:

إن قول القائف رجم بالغيب، ودعوى لما استأثر الله بعلمه، وهو ما في الأرحام، ولا برهان للقائف على هذه الدعوى، وعند انعدام البرهان لا يعتبر مجرد الشبه فقد يشبه الولد أباه الأدنى وقد يشبه الأب الأعلى الذي باعتباره يصير منسوباً إلى الأجانب⁽³⁾.

المطلب الخامس: اعتراضات الحنفية والردّ عليها

اعترض الحنفية على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الأخذ بالقيافة دليلاً على التنسيب عند التنازع، وهذه جملة من الاعتراضات:

(1) فتح الباري: الصحيح، في الفرائض، باب الولد للفراش، 2/ 2980، رقم الحديث (6749) ومسلم: الصحيح، في الرضاع، باب الولد للفراش، ص: 614، رقم الحديث (1457)، وأبو داود: السنن، في الطلاق، باب الولد للفراش، ص: 350، رقم الحديث (2273)، الصنعاني: سبل السلام، ص: 897، ومالك: الموطأ، في الأفضية، باب إلحاق الولد بأبيه، ص: 647.

(2) السرخسي: المبسوط 17/ 70.

(3) المرجع السابق ذاته.

1- تأول الحنفية حديث مجزّز وقالوا: الحديث ليس من باب التقرير، لأن نسب أسامة كان معلوماً إلى زيد، وإنما كان يقدر الكفار في نسبه لاختلاف اللون بين الولد وأبيه، والقيافة كانت من أحكام الجاهلية، وقد جاء الإسلام بإبطالها، ومحو آثارها، فسكوته ﷺ عن الإنكار على مجزّز ليس تقريراً لفعله، واستبشاره إنما هو لإلزام الخصم الطاعن في نسب أسامة بما يقوله ويعتمده، فلا حجة في ذلك⁽¹⁾.

ويمكن الردّ على هذا الاعتراض أن نسب أسامة طعن وشكّ فيه، فاحتاج إلى عاضد يؤيده فكانت القيافة دليلاً على صحة أصل النسب.

والحديث فيه دلالة على أنّ النبي ﷺ رضي، ورآه علماً، لأنه لو كان مما لا يجوز أن يكون حكماً ما سرّه ما سمع منه، ولنهاء أن يعود له⁽²⁾.

وأما القول بأن القيافة من أحكام الجاهلية، وقد جاء الإسلام بإبطالها، فهذا لا دليل عليه، بل الدليل قائم على خلافه، وهو قوله ﷺ في قصة اللعان، ثم فعل الصحابة من بعده⁽³⁾.

2- حديث أنس في المتلاعنين، وحديث عائشة وأنس في ماء المرأة: للشبه بين الأبناء والآباء معارض بما ثبت عن النبي ﷺ: «أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال: إنّ امرأتي وضعت غلاماً أسوداً، فقال النبي ﷺ: «هل لك من إبل؟» قال: نعم، قال: «ما لونها؟» قال: حُمُر، قال: «فهل فيها من أورك؟» قال: نعم، قال ﷺ: «فأنى هو؟» فقال: لعله يا رسول الله نزع عرق» قال: «وولدك هذا لعل عرقاً نزع»⁽⁴⁾.

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن النبي ﷺ نفى شبه اللون في حالة نفى

(1) الصنعاني: سبل السلام، ص: 897، السرخسي: المبسوط 70/17.

(2) الشافعي: الأم في الدعوى والبيّنات، باب دعوى الولد 247/6.

(3) الصنعاني: سبل السلام، ص: 897.

(4) فتح الباري: الصحيح، في الطلاق، باب إذا عرّض بنفي الولد 2/2372، رقم الحديث

(5305)، ومسلم: الصحيح، في اللعان، ص: 645، رقم الحديث (1500).

الولد الثابت نسبه، والقيافة إنما تُستعمل عند انعدام الفراش والبيّنة، أي عند التنازع دون دليل، ومع ذلك فالقيافة لا تعتمد على الشبه وحده، بل تراعي شبه اللون والأوصاف والطباع والملامح.

3- القول بأنّ الشارع الحكيم متشوف إلى اتصال الأنساب معارضٌ بتشوّف الشارع الحكيم لإثبات الحقائق، ويمكن الجواب عن ذلك بأنّ إثبات الحقيقة لا يمكن أن يتمّ إلا بالقيافة، ولأنّ يُنسب الابن إلى أحد الأبوين خير من أن لا يلحق بأب، أو يلحق بالأبوين معاً.

قال ابن القيم: بل الشبه نفسه بيّنة من أقوى البيّنات، فإنها اسم لما يُبيّن الحقّ ويظهره، وظهور الحق ههنا بالشبه أقوى من ظهوره بشهادة من يجوز عليه الوهم والغلط والكذب⁽¹⁾.

المطلب السادس: مناقشة الأدلة

1- الاستدلال بحديث الولد للفراش إنما يكون حجة فيما إذا علّم الفراش، فإنه معلوم أن الحكم به مقدّم قطعاً، وإنّما القيافة عند عدمه⁽²⁾، ولأنّ الفراش أقوى، وترك العمل بالبيّنة معارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه، إذا خلت عن المعارض⁽³⁾.

2- كتاب عمر إلى شريح لا ينفي أخذه بالقيافة بل لما تساوت الأدلة والقرائن والشبه بالقيافة نسب الولد إلى المتنازعين بأبائهم بقول القائف، وقد ورد ذلك نقلاً⁽⁴⁾.

وكذلك ورد عن عمر، قال: لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما، ورأى عمر مثل ما رأت القافة.

قال: كنت أعلم أن الكلبة تلد جرواً، فيكون كل جرو لأبيه، ما كنت

(1) ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 230.

(2) الصنعاني: سبل السلام، ص: 897.

(3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 6/ 297، كتاب اللقيط، باب إثبات النسب بالشبه.

(4) هو في الموطأ، ص: 647، 648، انظر تخريجه، ص: 43.

أرى أن مائين يجتمعان في ولد واحد⁽¹⁾.

3- القول بأن الغاية في القيافة إثبات المخلوقية من الماء، ولا اعتبار لها، لأن العبرة بالفراش، مردود لأننا قد نحتاج إلى الاحتكام للماء كما في وطء الشبهه، أو نكاح الجاهلية، أو تعارض أدلة الفراش⁽²⁾.

4- القول بأن تشريع اللعان نفي للقيافة غير صحيح، لأن اللعان شرع لنفي الولد، كما شرع للرمي بزنى الزوجة، عند عدم الشهود سوى الزوج، كما أن القيافة دليل ضعيف فلا يحتكم إليه في إثبات تهمة الزنى، وإنما يُحتكم إليها في إثبات النسب لقيام الحدود على التقاضي، وقيام الأنساب على الإلحاق⁽³⁾.

المطلب السابع: الترجيح ودور البصمة الوراثية:

بعد عرض أدلة الجمهور وكذلك أدلة الحنفية مع مناقشتها، يتبين بوضوح قوة أدلة الجمهور من الأخذ بالقيافة لإثبات النسب عند التنازع، وعدم وجود البيينة، وإذا ما تأملنا في نتائج البصمة الوراثية المتيقنة، ونظرنا إلى تشوّف كلا الفريقين الجمهور والحنفية ومن معهم إلى معرفة الحقيقة والتنسب المتيقن، نجدهم يأخذون البصمة الوراثية للأمور التالية:

1 - أن الجمهور أخذوا بالقيافة مع ضعفها، فأولى لهم الأخذ بالبصمة مع قوتها، وخاصة بعد قرار مجمع الفقه الإسلامي بأن البصمة وسيلة لا تكاد تخطيء في معرفة الأبوة البيولوجية.

2 - أن الحنفية نسبوا الولد إلى المتنازعين لاعتقادهم بعدم جدوى القيافة في الوصول إلى الحقيقة، عند ذلك نسبوه إلى المتنازعين، والآن قد منّ الله علينا بالوصول إلى الحق عبر البصمة الوراثية، والتي تحسم النزاع،

(1) عبد الرزاق: المصنف 7/360، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية 1403هـ - 1983م.

(2) الهلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص: 203.

(3) الهلالي: المصدر السابق، ص: 203.

وتنسب الولد إلى أبيه، فتخريجاً على تشوفهم للحقيقة. فإنهم يأخذون بالبصمة دليلاً على تنسب الابن لأبيه عند التنازع.

وهكذا يتضح تخريجاً على قول الفريقين بأنه ليس هناك ثمة مانع من العمل بالبصمة الوراثية، وخاصة أنها أثبتت فعاليتها، وأنها أقوى من القيافة بكثير.

ومن ذلك كله يتضح بأن للبصمة الوراثية تأثيراً على الفقه الإسلامي، أولاً في الترجيح بين الفريقين، وثانياً بالقفر فوق الطرق القديمة في التنسب عند التنازع «القيافة» إلى وسيلة حديثة لا تكاد تخطيء، وهذا عند الاستطاعة، أما عند عدم الاستطاعة المادية لإجراء هذا الكشف، فيرجع الأمر إلى القيافة.

المبحث الخامس

أثر البصمة الوراثية على إثبات النسب بالقرعة

المطلب الأول: أثر البصمة على معرفة اللقطاء:

اللقيط لغة:

فعل بمعنى مفعول، تقول لقط الشيء لقطاً، أي أخذه من الأرض، فهو لاقط، والمفعول ملقوط ولقيط، وغلب اللقيط على الولد المنبوذ، وهو الطفل الذي يوجد مرمياً على الطرق، لا يعرف أبوه ولا أمه⁽¹⁾.

اللقيط شرعاً:

هو كل طفل ضائع لا كافل له⁽²⁾، أو هو اسم لمولود حي طرحه أهله خوفاً من العيلة والتهمة⁽³⁾.

وكثيراً ما يترامى إلى مسامعنا اليوم أخبار الأولاد الذين يُلقون فجراً على الطرقات، أو قرب النفايات، خوفاً من الفضيحة نتيجة الزنى، أو نتيجة زواج محرّم⁽⁴⁾، وقلماً يرمي الناس أولادهم خوفاً من الفقر والحاجة، إلا في

(1) ابن منظور: لسان العرب 7 / 392 - 393، الرازي: مختار الصحاح، ص: 602.

(2) ابن رشد: بداية المجتهد 2 / 312، الشيرازي: المهذب 1 / 434، محمد عيش: منح الجليل شرح مختصر خليل 8 / 245، دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى، 1404 هـ - 1984 م، الجرجاني: التعريفات، ص: 193، ابن حزم: المحلى 8 / 273، المكتب التجاري، بيروت، د. ت، النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين 5 / 418، المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية، 1405 هـ - 1985 م.

(3) القاري، علي بن سلطان: فتح باب العناية شرح النقاية 3 / 89، دار الأرقم - بيروت - د. ت.

(4) كزواج المتعة المؤقت الذي لا يحضره الولي والشاهدان.

بلاد عمّتها المجاعة والحروب .

المطلب الثاني: آراء المذاهب في ثبوت النسب بالقرعة:

وطريقة تنسيب اللقطاء بالقرعة لا تكون إلا بعد فقد الإثبات بالفراش والبيّنة والإقرار ثم بعد تعارض البيّنات، واختلاف القافة يُرجع إلى القرعة .

فإذا تنازع اثنان أو أكثر على اللقيط، وتساواوا في الدعوى، ولم يكن لأحدهما بيّنة، فقد اختلف الفقهاء على مذهبين، جمهور العلماء قالوا يثبت النسب بالقيافة⁽¹⁾ .

فإن ألحقته القافة بأحدهما نُسب له، وإن ألحقته بهما اختلف الجمهور على أربعة أقوال:

القول الأول: يُترك الولد إلى أن يبلغ فينتسب إلى أي المتنازعين يشاء، ولا يلحق باثنين، وهو قول الحنابلة والشافعية⁽²⁾ .

القول الثاني: نُسب إلى المتنازعين معاً، وهذا مذهب الحنابلة في المشهور، وإليه ذهب بعض الشافعية، وهو مذهب الكوفيين⁽³⁾ .

القول الثالث: أنّه يُقرع بين المتنازعين، وهذا مذهب المالكية والظاهرية⁽⁴⁾ .

القول الرابع: أنّه لا يُنسب لأحد المتنازعين وهو قول لأحد علماء الحنابلة⁽⁵⁾ .

(1) تفصيله، ص: 40.

(2) الشافعي: الأم 6/46، النووي: روضة الطالبين 5/439، الشيرازي: المهذب 1/437، ابن

رشد: بداية المجتهد 2/362، المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم: العدة في شرح العمدة في فقه

إمام السنة أحمد بن حنبل، ص: 444، مكتبة الرياض الحديثة د. ت .

(3) ابن قدامة: المغني: 5/773، 7/483، المقدسي: العدة، ص: 444، ابن رشد: بداية المجتهد

2/363، النووي: روضة الطالبين 5/493.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد 2/359، ابن حزم: المحلى 11/427.

(5) والقول لأبي بكر من علماء الحنابلة قال: يضيع نسبه، المقدسي: العدة، ص: 444، ابن رشد:

بداية المجتهد 2/359 .

حجة المذهب الأول:

1- ما روي أن رجلين ادعيا غلاماً لا يدري أيهما أبوه، فقال عمر رضي الله عنه: اتبع أيهما شئت⁽¹⁾، والطبع يميل إلى الوالد، ويميزه ما لا يميز غيره.

حجة المذهب الثاني:

1- فتوى عمر رضي الله عنه، في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً، فجعله بينهما⁽²⁾.

2- فتوى علي رضي الله عنه في ولد لرجلين أنه ولدتهما، وهما أبواه، يرثهما، وهو للباقي منها⁽³⁾.

3- نص الإمام أحمد على أنه إن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة، أنه يلحق بالثلاثة⁽⁴⁾.

حجة المذهب الثالث:

1- قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾⁽⁵⁾.

2- كان علي رضي الله عنه قاضياً باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاث أناس في طهر واحد، فسأل كل واحد منهم أن يُقر بالولد لصاحبه فأبى، فأقرع بينهم فقضى بالولد للذي أصابته القرعة، وجعل عليه ثلثي الدية، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه⁽⁶⁾.

(1) البيهقي: السنن الكبرى 10 / 263، كتاب الدعوى والبيئات، وفي ذيله الجوهر النقي، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، 1355هـ، عبد الرزاق: المصنف 7 / 361.

(2) عبد الرزاق: المصنف 7 / 360.

(3) المصدر السابق ذاته.

(4) ابن قدامة: المغني 5 / 773.

(5) سورة الحجرات: الآية: 13.

(6) ابن ماجه: السنن، في الأحكام، باب القضاء بالقرعة، ص: 349، رقم الحديث (2348)، أبو داود: السنن، في الطلاق، باب من قال بالقرعة إذا تنازعا في الولد، ص: 349، رقم الحديث (2269)، ابن رشد: بداية المجتهد 2 / 360.

حجة المذهب الرابع:

أنه لو ترك حتى يبلغ فيختر فإنه سيميل إلى غير القرابة، لأن الطبع يميل إلى غير القريب، لإحسانه إليه، وحسن أخلاقه، وكثرة يساره.

الترجيح:

الراجح ما ذهب إليه المالكية والظاهرية، لقوة أدلتهم، ومن الواضح أن الولد لا يمكن أن يكون له أبوان، وإن أعطاه لأبوين يؤدي إلى التنازع، والمفاسد، والخلافات، أما التخيير عند البلوغ فسيؤدي إلى مفاسد أعظم، وهي ترك الولد دون رعاية كل تلك المدة الطويلة، ناهيك عن اختياره عند البلوغ، هل يصل به إلى أبيه الحقيقي أم لا؟

قال ابن القيم: فالقرعة ههنا أقرب الطرق إلى إثبات النسب، فإنها طريق شرعي، وقد سُدَّت الطرق سواها⁽¹⁾.

المطلب الثالث: القرعة وتنزيل البصمة الوراثية:

ما ترجح من قول الفقهاء هو قول القائلين بالقرعة، ويمكن أن نخرج قبول الفقهاء بتنزيل البصمة الوراثية مكان القرعة للوجوه التالية:

1- المفتون بالقرعة لا يملكون غيرها لفض النزاع ورعاية الولد، فهم اعتبروا مصير الولد وتربيته فنسبوه إلى أحد الوالدين اقتراعاً، فإذا ما تبين لهم الأب الحقيقي بالبصمة الوراثية، لأنها تكاد توصل إلى اليقين قبلوا بهذا الاختبار الموصل إلى الحق وهو مطلب الفقهاء.

2- القائلون بتخيير الولد عند البلوغ لنضوجه وميله الطبيعي إلى أبيه الحقيقي، فاعتمادهم على نضج الولد ليتمكن من اختيار أبيه وفقاً لطبعه، وميله إليه، فيه من التشوف إلى توفيق الولد في اختيار أبيه الحقيقي، وذلك بعد كمال نضجه ومعرفته، وإن هذا التشوف إلى الأب الحقيقي ليتحقق بالبصمة الوراثية، فيحتكمون إليها من باب أولى.

(1) ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 235.

3- القائلون بتنسب الولد للأبوين معاً فيه من الاختيار ما فيه، وخوف من الخطأ في تنسب الابن لغير أبيه، فللحرص على عدم تنسب الولد إلى غير أبيه نسبوه إلى الوالدين، لأنه لا بُد من إصابة أب حقيقي بينهما، فإذا ما تبين الأب الحقيقي بالبصمة الوراثية، فلا ريب أنهم سيسارعون إلى الاحتكام إليها، لأنها تحقق مبتغاهم وهو اليقين في التنسب. ونسبته إلى أبوين غير ثابت علمياً لأن حيواناً واحداً يخترق البويضة حال كون الولد واحداً.

وهكذا نجد أن البصمة الوراثية لها تأثير على الفقه الإسلامي من حيث احتلالها مكان القرعة والاحتكام إليها في فضّ النزاع في تنسب اللقطاء.

المطلب الرابع: حكم تنازع النساء على اللقيط ودور البصمة:

بعد ما تبين حكم تنازع الرجال على اللقيط، نبين إن شاء الله حكم تنازع النساء عليه.

فإذا ما ادّعت امرأتان فأكثر بنوة اللقيط حُكم لصاحبه بالبينة، فإن تعارضت البينات، أو لم تكن بيّنة لهما، ذهب الجمهور إلى الاحتكام للقيافة، فإن تعارضت أقوال القافة، أولم تكن قافة، فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال⁽¹⁾:

القول الأول: يحتكم إلى القرعة، وهو مذهب المالكية.

القول الثاني: لا يُنسب لأي أم من المتنازعات، وهو قول الشافعية، والحنابلة، وإليه ذهب أبو يوسف، ورواية عن محمد بن الحسن.

القول الثالث: أن يُحكم بالولد للمتنازعتين أو المتنازعات، وهو رواية عن محمد بن الحسن.

المطلب الخامس: الترجيح ودور البصمة:

يترجح قول المالكية القائلين بالقرعة، فإننا إذا قلنا بعدم إحقاقه بأي

(1) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع 6/200، ابن الهمام: فتح القدير 4/420، ابن رشد: بداية المجتهد 4/259، الشربيني: مغني المحتاج 2/428، 4/490، النووي: روضة الطالبين 5/440، ابن قدامة: المغني 5/765، ترجمة أبو يوسف، ص: 72، ومحمد بن الحسن، ص: 356.

الأمهات فهذا ضرر بالغ وواضح، وإذا قلنا بإلحاقه بأكثر من أم فسيؤدي إلى الشقاق والنزاع، وتبقى القرعة حاسمة النزاع، وقد سُدت الأبواب سواها.

ويمكن اليوم أن تحلّ البصمة الوراثية مكان القرعة فإنها توصل إلى شبه اليقين ولا شك، وأنّ القرعة التي لم يكن لنا بُدّ في اختيارها قبل النهضة الطبية الهائلة، أما وقد حصلت فلا ريب من الالتجاء إليها (البصمة الوراثية) للوصول إلى الحق.

وتنحصر فائدة البصمة الوراثية بهذا الصنف من مجهولي النسب في كشف صدق الادّعاء بالاستلحاق، وفي البحث عن أهل الطفل والمشتبه فيهم، دون ما حاجة إلى الاحتكام إلى الطرق البدائية - القيافة والقرعة - التي لم يكن الناس يعرفون سواها، بعد أن مَنَّ اللهُ علينا بنور العلم⁽¹⁾.

(1) الهلالي: البصمة الوراثية، ص: 403 .

المبحث السادس أثر البصمة على إجراء اللعان:

المطلب الأول: تعريف اللعان لغة وشرعاً:

اللعان لغة:

مصدر لاعن، وفعله الثلاثي: لعن من اللعن بمعنى الطرد والإبعاد عن الخير، وهو لعين ملعون⁽¹⁾.

اللعان شرعاً:

اللعان عند السادة الحنفية: هو شهادات مؤكدات بالأيمان، مقرونة بشهادته، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقتها⁽²⁾.

اللعان عند السادة المالكية: هو حلف زوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم منه، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكول حذها بحكم قاض⁽³⁾.

واللعان عند السادة الشافعية: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه، وألحق العار به، أو إلى نفي الولد⁽⁴⁾.
شرح التعريف⁽⁵⁾:

(1) ابن منظور: لسان العرب 13 / 387

(2) محمد أمين، (ابن عابدين): حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، 482 / 3، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1386 هـ- 1996 م، ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير 247 / 3، دار صادر، الطبعة الأولى 1316 هـ.

(3) محمد عليش: منح الجليل على مختصر سيدي خليل 4 / 270.

(4) محمد الخطيب، الشربيني: مغني المحتاج 3 / 367، دار الفكر، د. ت.

(5) الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع 2 / 335-336، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى 1414 هـ- 1994 م.

- كلمات معروفة: أي يمين مؤكدة بلفظ الشهادة.
- جُعلت للمضطر: أي للرجل المكلف.
- قذف من لطح فراشه: أي زوجته المحصنة قذفها بالزنا صريحاً كزنيته.
- أو نفي الولد: كأن يقول: هذا الحمل ليس مني، أو الولد ليس ابني.

المطلب الثاني: أسباب اللعان وأدلته:

- من خلال ما مرّ في تعريف اللعان، يتضح أن للعان سببين:
- الأول: رمي الرجل زوجته بالزنا.
- الثاني: نفي حملها اللازم منه.

أدلة اللعان:

١- من الكتاب:

قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْوَجُ أَرْبَعٍ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَنِيسَةُ أَنْ لَعَنَتَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَنِيسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾﴾^(١).

٢- من السنة:

حديث عويمر العجلاني، أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته فتقتلوه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد نزل فيك وفي صاحبك قرآناً، فاذهب فأت بها»، قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ^(٢).

(1) سورة: النور، الآيات: 6-9.

(2) متفق عليه، وابن حجر فتح الباري 9/361، مسلم: الصحيح 2/1229.

٣- من المعقول:

يقول صاحب بداية المجتهد: من جهة المعنى أنه لما كان الفراش موجباً للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساداً، وتلك الطريق هي اللعان⁽¹⁾.

المطلب الثالث: كيفية اللعان بنفي الولد:

ذكرت الآيات في سورة النور صيغة الأيمان الخمسة التي يقولها الزوج والزوجة أثناء اللعان، وقد اختلفت آراء المذاهب في تحديد المحلوف عليه إذا كان اللعان بسبب نفي الولد، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المحلوف عليه هو نفي الولد، وهو قول، بعض الحنفية⁽²⁾.

القول الثاني: أن المحلوف عليه هو الرمي بالزنا ونفي الولد، وهو قول الشافعية، وإليه ذهب بعض الحنفية⁽³⁾.

القول الثالث: أن المحلوف عليه هو الرمي بالزنا خاصة، وهو مذهب الحنابلة والظاهرية⁽⁴⁾.

المطلب الرابع: حكم اللعان لنفي الولد:

اتفق الفقهاء على مشروعية لعان الزوج لنفي نسب ولد زوجته عنه إذا

- (1) ابن رشد: بداية المجتهد 2/ 115، دار الكتب العلمية، الطبعة العاشرة، 1308 هـ - 1988 م.
- (2) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 3/ 237. قاله الكرخي من الحنفية.
- (3) الشربيني: مغني المحتاج 3/ 374، الرمي: نهاية المحتاج 7/ 107، الكاساني: بدائع الصنائع 3/ 237، الشيرازي: المهذب 2/ 126، من الحنفية الإمام الطحاوي.
- (4) المقدسي: العدة في شرح العمدة، ص: 441، مكتبة الرياض الحديثة، د. ت، كشف القناع 5/ 391، الصنعاني: سبل السلام 3/ 1117، ابن حزم: المحلى 10/ 148، ولعله يقصد نفي الحد في أن المحلوف عليه هو الزنا خاصة.

تيقن أو كان غالب ظنه أنه ليس منه، ولكنهم اختلفوا، هل هو حق للزوج؟ أم هو واجب عليه؟

على ثلاثة مذاهب:

الأول: مذهب الحنفية والمالكية: ويرون أن اللعان حق للزوج، ولكنه إن نفى الولد عن نفسه وجب عليه اللعان، لأنه أقوى من الاتهام بالزنا، فإن لم يلاعن أقيم عليه حدّ القذف، ولم ينف نسب الولد منه⁽¹⁾.

الثاني: مذهب الشافعية: يقولون بالوجوب إن علم الزوج أن الحمل ليس منه⁽²⁾.

الثالث: مذهب الحنابلة: ويرون أن هذا حق للزوج، ولا يجب حتى لو نفى الولد عنه إلا بطلب الزوجة، لأن القذف حقّها⁽³⁾.

المطلب الخامس: هل يسقط اللعان بالبيّنة؟

اتضح أن سبب اللعان اتهام الزوج زوجته بالزنا، أو نفى حملها منه، وذلك إذا تناهى إليه شك يقرب إلى اليقين، أو دليل موثوق فيه، لكنه لا ينتهي إلى الرؤية التي يسقط فيها اللعان، وهي أربعة شهود يرون عياناً وبوضوح جريمة الزنا.

أما وفي كثير من الحالات التي يغفل فيها الزوج لسبب ما ولكن الجيران لا يغفل عنهم تردد رجل إلى بيت الزوج تكراراً وفي أوقات مشبوهة، ويعلم أن في الأمر خلوة، ويعلم الزوج متأخراً بالأمر وإنما هو خبر سمعه، ولكنه قلب حياته جحيماً، زرع الشك فيه، وقلب بيته رأساً على عقب، فهل يحق له طلب اللعان، أو نفى الحمل إذا كانت زوجته حاملاً؟

(1) الكاساني: بدائع الصنائع 3/238، محمد عيش: منح الجليل 3/371، 372، ابن رشد: بداية المجتهد 2/116.

(2) الشربيني: مغني المحتاج 3/382، الرملي: نهاية المحتاج 7/106، الشيرازي: المهذب 2/119.

(3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 9/22، المرادوي: الإنصاف 9/235، الصنعاني: سبل السلام 3/1112.

وهل يسقط اللعان بعد التهمة بظهور بينة أو اعتراف الزوجة؟
سأستعرض آراء الفقهاء لتوضيح هذه النقطة:

1- يقول في حاشية رد المحتار: وهو «أي اللعان» مقيّد أيضاً بإصراره «الزوج» وبعجزه عن البينة على زناها، أو على إقرارها به أو على تصديقها له⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن الزوج إذا تمسك ببينة على الزنا، أو أقرت المرأة به، أو صدقت زوجها في اتهامه إياها بالزنا، فإنه في هذه الحالات ليس بحاجة إلى اللعان، لسقوط أسبابه.

2- قال صاحب مغني المحتاج: فإن أثبت الزوج زناها بالبينة امتنع لعانها، لأن حجة البينة أقوى من حجة اللعان، ويقول أيضاً: اقتصر المصنف على هذا الاستثناء يقتضي أنه لو قذفها بزنا ثبت بالبينة، أو بإقرارها أنه يلاعن لإسقاط تعديره، والأظهر أنه لا يلاعن لأن اللعان لإظهار الصدق، وهو ظاهر فلا معنى له⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن اللعان شرع لإظهار صدق الزوج، فإذا تأكد ببينة، أو اعترفت الزوجة بصدقية قوله فلا حاجة إلى اللعان.

3- يقول صاحب المغني: لأن الزوج يُبتلى بقذف امرأته لينفي العار والنسب الفاسد، وتتعدّر عليه البينة، فجعل اللعان بينة له، ولهذا لما نزلت آية اللعان، قال النبي ﷺ: «أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً»⁽³⁾.

وجه الدلالة: أن الزوج يضطر إلى اللعان لأنه لا يملك بينة يقينية واضحة على زنا زوجته فيضطر إلى اللعان، ليخرج من حد القذف، فإذا امتلك البينة فلا سبيل إلى اللعان والبينة هي تبين الحق وتوضحه.

ويقول أيضاً: وإذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مُخَيَّر بين

(1) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار 3/485.

(2) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج 3/381، 382.

(3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 4/9.

لعانها وبين إقامة البينة، لأنهما بيّنتان، فكانت له الخيرة في إقامة أيتهما شاء، كمن له بدين شاهدان، وشاهد وامرأتان، ولأن كل واحدة منهما يحصل بها ما يحصل للأخرى⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أنه إذا امتلك الرجل البينة فإنه مخير بين اللعان وإقامة البينة، فإذا وجد البينة أقوى حجة، وأكثر إظهاراً لصدقه، اختارها على اللعان.

وغاية مرادي من استعراض آراء الفقهاء الوصول إلى القول بأن اللعان يسقط باعتراف الزوجة بالزنا، أو تصديقها لزوجها بالتهمة التي اتهمها بها، أو وصول الزوج إلى بيّنة صادقة توضح الحق وتبينه.

المطلب السادس: دور البصمة الوراثية في توضيح البينة واعتراف الزوجة:

المقصود بالبينة التي تسقط اللعان عند الفقهاء هي أربعة شهود يشهدون بالرؤية الصادقة الواضحة على الزنا، أو أي دليل يوضح الحق ويبينه⁽²⁾، أو اعتراف الزوجة بعد اتهامها من قبل زوجها بصدق اتهامه، فهل تستطيع البصمة الوراثية أن تساعد في اعتراف الزوجة بصدق زوجها، أو أن تملكه بيّنة واضحة بهذا الاعتراف؟

ويمكن القول: إن البصمة الوراثية تستطيع أن تلعب دوراً هاماً في هذه المسألة، بحيث تكون سبباً لاعتراف الزوجة دون إكراه، وذلك بعد إجراء الاختبار والتأكد من صدق الزوج، وبالتالي تمليك هذا الزوج بيّنة صادقة يقينية، وساعتئذ إما أن تعترف المرأة فترجم، أو تنفي فيجري اللعان طبقاً للآيات القرآنية. فهو حقها في الدفاع عن نفسها⁽³⁾.

(1) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 25/9.

(2) انظر: ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 24.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع 238/3.

أما الوجوه التي يُعتمد عليها لاعتراف المرأة قبل اللعان في هذه الحالة هي التالية:

1- الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته، من أن الحمل ليس منه، قال تعالى: ﴿وَلَوْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ (1).

فمع التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبقَ الزوج وحيداً لا سند له، بل أصبح معه شاهد، وهو البصمة الوراثية في هذه الحالة (2).

والذي يدعم موقف البصمة الوراثية في هذا المضمار قول ابن القيم: إنَّ البينة لم تأت في القرآن مراداً بها الشاهدين، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة (3).

وهنا لا يمكن أن تحل البصمة بدل اللعان بل هي إجراء يسبقه لتلافيه وإلا فلا يمكن العدول عنه إذا وجب (4).

2- البينة التي تفيد اليقين هي الرؤية الواضحة لشهود عدول أربعة، أما في حالة عدم وجود الشهود العدول، واتهام الرجل زوجته بالزنا تستطيع البصمة الوراثية التأثير على اعتراف الزوجة دون إكراه، وذلك بعد إجراء الاختبار، فإذا اعترفت تتوجه إلى الرجم قبل الوصول إلى الملاعنة، وإذا لم تعترف، وأصررت الدفاع عن نفسها يكون اللعان المنصوص عليه في كتاب الله تعالى.

3- إذا اعتبرنا أن اعتراف الزوجة يحول دون الملاعنة كما هو قول الفقهاء فمن الأوفق استخدام البصمة الوراثية لتكون وسيلة تساعد على اعتراف الزوجة وتصديق الزوج.

(1) سورة: النور، الآية: 6.

(2) محمد مختار السلامي: الطب في ضوء الإيمان، ص: 184.

(3) ابن القيم: الطرق الحكمية 1/16.

(4) منع فقهاء مجمع الفقه بأن تحل البصمة مكان اللعان وذلك في الدورة الخامسة عشرة، ص: 479.

4- إذا كانت الزوجة بريئة من الاتهام في نسب ابنها، وأصرّ الزوج على إجراء اللعان، فإن ولدأ سيضيع نسبه، ولن يرحم المجتمع أمه، فإذا أجرينا اختبار البصمة وثبتت براءة الأم فتعود للعائلة تماسكها، ويحد الزوج حد القذف لاتهامه زوجته بالزنا، وفي هذه الحالة لم نصل إلى اللعان ذلك أن اللعان هو الاستثناء لا القاعدة، وأن الأصل هو أن الزواج يتبعه ثبوت النسب في كل ما جاء بعد ستة أشهر فأكثر من دخول الزوج بزوجه⁽¹⁾.

المطلب السابع: الحالات التي تمسها البصمة والحالات التي لا تمسها:

1- عند نفي الزوج حمل زوجته بأنه ليس منه، فتتحصّر البصمة بأنها دليل مع الزوج أو ضده، فإذا كان معه فلا وجه للعان، إلا إذا أصرّت المرأة أن تدفع عن نفسها حدّ الزنا، وإن كان ضده، وتبين أن الولد منه وجب عليه حدّ القذف، إلا على قول من يرى بأن حدّ القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه⁽²⁾، أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنا وليس من أجل نفي الولد.

2- تستطيع البصمة التأثير على اعتراف الزوجة دون إكراه بعد إجراء الاختبار وباعترافها تتجه المسألة نحو الرجم.

3- عند اتهام الزوج زوجته بالزنا، أو نفيه لحملها، وتكون المرأة بريئة، وعند إجراء الاختبار - الحمض النووي - بالبصمة . فإذا ثبتت براءة المرأة حدّ زوجها حدّ القذف، وتبقى العائلة متماسكة .

ومن ذلك يتضح أن للبصمة الوراثية تأثيراً على جزء مهم من أحكام اللعان، وبالتالي فإنها ستخفف من إجراءاته لا إلغائه بالكلية، وهذا التخفيف قد

(1) محمد مختار السلامي: الطب في ضوء الإيمان، ص: 185.

(2) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 22/9.

يكون لمصلحة الأسرة وتماسكها فكم من شك يكاد يقرب إلى يقين الزوج، وأصله الوهم والخيال.

المطلب الثامن: نكاح المنفية باللعان:

إذا انتفى الرجل من مولودته ولاعن أمها، هل يجوز له أن يتزوج منها عندما تكبر، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الحرمة، وهو رأي جمهور الفقهاء، وقول عند الشافعية⁽¹⁾.

القول الثاني: الحل، وهو قول عند الشافعية⁽²⁾.

أدلة القول الأول:

1 - من القرآن: عند عدّ القرآن المحرمات من النساء، قال تعالى: ﴿وَبَنَاتِكُمْ﴾⁽³⁾.

من المعقول: لا يجوز له تزوجها لأنها غير منفية عنه قطعاً، بدليل أنه لو أقرّ بها لحقته نسبتها، والابنة من الزنا لو عاد الزاني فأقر بنسبها لم يلحقه نسبها⁽⁴⁾.

أدلة القول الثاني:

من المعقول: أنها لا تنسب إليه ولا ترث منه⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: أن نسبها مقطوع منه فهي غريبة عنه، وبذلك نكاحها.

-
- (1) البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع 79/3، مكتبة الرياض، 1390هـ - 1980م، الشيرازي: المهذب 43/2.
- (2) الميرغاني: الهداية 1/29، الشيرازي: المهذب 43/2، النووي: المجموع 16/222 - 223.
- (3) البهوتي: الروض المربع 43/3، والآية من سورة النساء رقم (24).
- (4) النووي: المجموع 16/223، الشيرازي: المهذب 43/2.
- (5) البهوتي: الروض المربع 79/3، الشيرازي: المهذب 43/2.

يجوز له نكاحها لأنها منفية عنه فهي كالأبنة من الزنا⁽¹⁾.

مناقشة أدلة القول الثاني:

1 - عدم نسبتها منه: لم تنسب إليه لأنه السبب في كونها منه ليس سبباً شرعياً وإلا فهي ابنته، ومما يدل على أنها محرمة عليه قوله في امرأة هلال بن أمية لما لاعنها زوجها، قال عليه السلام: «انظروه فإن جاءت به (وصف كذا وكذا) فهو لشريك بن سحماء وهو الزاني فقد قال: فهو لشريك أي هو ابن له، وهو وإن لم ينسب له وإن لم يرث منه، لكنه ابن له، وكذلك البنت».

قال الإمام أحمد إن الشبه يكفي للتحريم، لأنه قال: أليس أمر النبي عليه السلام سودة أن تحتجب من ابن زمعة، وقال: «الولد للفراش»، وقال: «إنما حجبها للشبه الذي رأى بعثة»⁽²⁾.

فإذا كان الشبه يكفي للتحريم، فإن البصمة الوراثية تستطيع أن تؤكد الشبه وتصل إلى أكثر من ذلك في إثبات البنوة، وبالتالي نخلص إلى تحريم نكاح الملاعن النافي لابنته المنفية، إذا ثبت أنها منه، وإلا فهي بنت الزنا، وحكمها يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى⁽³⁾.

2 - ذكر الفقهاء أنها من مائه وأنها بعض منه، وعلى هذا الأساس يتم التحريم فإذا أثبتنا ذلك بالبصمة الوراثية وصلنا إلى درجة اليقين فلا مناص من تحريم زواج الرجل من منفيته باللعان بعد الوصول إلى اليقين بالبصمة الوراثية، فاليقين لا يزول بالشك⁽⁴⁾.

الترجيح:

لا شك في ترجيح القول الأول إذا ثبت أنها ابنته بالدليل الطبي الحديث وهو البصمة الوراثية.

(1) النووي: المجموع 16/223، هذا إذا لم يدخل بأبها، الشيرازي: المهذب 2/43.

(2) البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع 3/79.

(3) ذكرته بالتفصيل، ص: 72.

(4) قاعدة اليقين لا يزول بالشك، العلائي: المجموع المذهب في قواعد المذهب 1/205، وزارة الأوقاف، الكويت تحقيق محمد الشريف، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1994م.

المبحث السابع

أثر البصمة الوراثية في تنسيب ولد التسري

المطلب الأول: تعريف التسري ومشروعيته:

التسري لغة:

اتخاذ السرية والخفاء، وفي اشتقاق التسري ثلاثة أوجه، من السري وهو الجودة، أو من السر وهو الجماع، أو من سراة الأديم وهو وسط الظهر، أو هو مشتق من السرور وهو الفرح، والجمع سراري، وعشق السرية: الجارية المتخذة للملك والجماع، والمملوكة يتسراها صاحبها⁽¹⁾.

والظاهر أن التسري يجمع بين أغلب هذه الوجوه فهو جماع سري يتحصل به الفرح والسرور.

التسري في اصطلاح الفقهاء:

1-التسري هو طلب المولى الولد من أمته، وأم الولد المستولدة، أو

هو:

2- إعداد الأمة لأن تكون موطوءة بلا عزل⁽²⁾.

مشروعية التسري: مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

1- دليل الكتاب: قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ (٧٩) إِلَّا عَلَىٰ

(1) ابن منظور: لسان العرب 4/357، 358، ابن بطال: النظم المستعذب في شرح غريب المذهب 13/2.

(2) الجرجاني: التعريفات، ص: 58، الموسوعة الفقهية 11/295، مادة تسري، الطبعة الثانية، 1408هـ-1988م- الكويت.

أَزْوَاجَهُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٣٠﴾⁽¹⁾.

وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنْآ أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي ءَاءَتْتَ أَجْرَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ﴾⁽²⁾، قال ابن كثير في تفسيرها: أي وأباح لك التسري مما أخذت من الغنائم، وقد مَلَكَ صفة وجورية ﴿٣٠﴾، فأعتقهما وتزوجهما، وملك ريحانة بنت شمعون النصرانية، وماريا القبطية، أم ابنه إبراهيم عليهما السلام، وكانتا من السراري⁽³⁾.

2- دليل السُّنَّة: قال رسول الله ﷺ في سبأيا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة»⁽⁴⁾.

دليل الإجماع: حكى الإجماع على مشروعية التسري بين المسلمين وعدم خلافهم في ذلك ابن رشد عن الشافعي رحمته الله⁽⁵⁾.

قال ابن عابدين⁽⁶⁾: فمن لام المتسري على أصل الفعل، بمعنى أنك فعلت أمراً قبيحاً فهو كافر - للآية المذكورة في دليل الكتاب - لكن لا يكفر إن لأمه على تسريته⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: كيفية التسري:

التسري رابطة معاشرة ضعيفة، لأن فراشها ضعيف يملك السيد نقله بالتزويج، بخلاف المنكوحه⁽⁸⁾ - المتزوجة - أما كيفية التسري فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

- (1) سورة المعارج، الآيتان: 29-30.
- (2) سورة: الأحزاب، الآية: 50.
- (3) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم 3/ 602، عند تفسير الآية 50 من سورة الأحزاب، د. ت.
- (4) أبو داود: السنن، في النكاح، باب وطء السبأيا، ص: 331، رقم الحديث (2157)، دار ابن حزم. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: إسناده حسن 1/ 172، دار المعرفة، بيروت، د. ت، الصنعاني: سبل السلام، ص: 696، تحت رقم (1055).
- (5) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/ 394.
- (6) ترجمته في الباب الثالث، في مبحث أثر الطب الحديث على التدخين والتسمية، ص: 310.
- (7) حاشية ابن عابدين 2/ 291.
- (8) داماد أفندي: مجمع الأنهر 1/ 535.

المذهب الأول: يرى أن التسري يكون بوطء الأمة المملوكة مطلقاً، أي سواء أنزل أو لم يُنزل، عزل أو لم يعزل⁽¹⁾.

المذهب الثاني: يرى أن التسري يكون بوطء الأمة المملوكة مع الإفضاء فلو وطء ولم يُنزل، أو أنزل وعزل لم يثبت التسري، وإليه ذهب الشافعية وأبو يوسف من الحنفية⁽²⁾.

المذهب الثالث: يرى أن التسري يكون بوطء الأمة المملوكة وتحسينها، بمعنى أن يمنعها من الاختلاط بغيره، ولا يشترط في وطئها الإفضاء، وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن⁽³⁾.

أدلة المذهب الأول: هي في حكمه ﷺ بأن الأمة فراش، وأن الولد لصاحب الفراش، وإنما تكون الأمة فراشاً إذا صحَّ أن سيدها افترشها بيته ذلك، أو بإقراره بذلك⁽⁴⁾.

أدلة المذهب الثاني: أن قول السيد معتبر في ذلك، وله نفي الولد إذا رأى أنه ليس منه، وذلك هو الفرق بين الأمة والزوجة، فالزوجة تصير فراشاً بمجرد العقد فلا يُشترط في الاستلحاق إلا الإمكان.

المطلب الثالث: شروط مشروعية التسري:

اشترط الفقهاء شروطاً تضبط هذه العلاقة حتى لا تكون عشوائية، وأهم تلك الشروط التي تتعلق بفعل التسري هي الآتية:

1- أن يكون السيد مالكاً لأتمته بأي سبب من أسباب الملكية، وهو

(1) ابن رشد: بداية المجتهد 2/394، القرافي: الفروق 3/135-136، دار المعرفة، ابن حزم: المحلى 139/140.

(2) الشيرازي: المهذب 2/19، حاشية ابن عابدين 3/113، داماد أفندي: مجمع الأنهر 1/535، 2/258، ابن الهمام: فتح القدير 4/441.

(3) حاشية ابن عابدين 3/113، داماد أفندي: مجمع الأنهر 1/535، ابن الهمام، فتح القدير 4/441.

(4) ابن حزم: المحلى 10/321، المجلد السابع.

خاص بالرجال فليس للمرأة أن تتسرى بعدها.

قال في المغني: ولا نعلم في ذلك خلافاً، كما لا نعلم خلافاً في أنه لا يحل للرجل أن يطأ جاريتَه له فيها شريك، وكذا لا يحل وطء الأمة المُبْعُضَة، لأن الملك في الحالين غير تام، فإذا وطئ جاريتَه له فيها شريك فإنه لا يُحَدُّ للشبهة ولكن يعزَّر، وإن ولدت منه لحقه النسب⁽¹⁾.

2- أن تكون الجارية مسلمة أو كتابية، فإذا كانت مجوسية أو وثنية لم تحل لسيدها بملك اليمين، كما لا تحل له بالزواج، وهذا ما عليه جمهور العلماء⁽²⁾.

3- أن لا تكون الأمة ممن يحرم من مؤبداً كأم الأمة أو ابنتها، وهو تحريم المصاهرة، أو مؤقتاً كأخت الأمة أو عمّتها، وهو مذهب الجمهور⁽³⁾.

المطلب الرابع: حكم نسبة ولد التسري:

قد يطأ الجارية سيدها وشريكه، وقد يطأها ثم يبيعها فيظهر بها حمل بعد ذلك، وقد يعزل السيد ثم تحمل جاريتَه لعدم تحصينها أو لانسياب منه إلى فرجها دون علمه، وقد يطأها عبد السيد بإذن السيد⁽⁴⁾، وقد يطأها السيد نفسه ويزعم أنه لا ينزل⁽⁵⁾، فكيف يُنسب الولد وإلى من؟ اختلف الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: كل أمة صح للإنسان أنه وطئها ببينة أو بإقرار منه، فإنه يلحق به ما ولدت، أحب أم كره، ولا ينتفع بأن يدعي استبراء، أو بدعواه العزل، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

(1) ابن قدامة: المغني 354/9

(2) ابن تيمية: مجموع الفتاوى، كتاب النكاح، مسألة وطء الإماء الكتابيات بملك اليمين 32/

181، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم وابنه محمد، د.ت.

(3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 485/7.

(4) ابن قدامة: المصدر السابق.

(5) ابن رشد: بداية المجتهد 394/2، الشيرازي: المهذب 19/2، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير

63/6، ابن حزم: المحلى 139/10 وما بعدها.

المذهب الثاني: لا ينتسب الولد إلى السيد إلا إذا أقره، فإذا نفاه لعزل فلا يُنسب إليه وإليه ذهب الحنفية، واشتروا أن تكون الجارية غير محصنة تخرج وتدخل، فإن كانت محصنة فلا يسعه نفي الولد⁽¹⁾.

أدلة المذهب الأول:

1 - جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي جارية وأنا أطوف عليها، وأنا أكره أن تحمل، فقال ﷺ: «اعزل عنها إن شئت، فإنه سيأتيها ما قُدِّرَ لها»، قال: فلبث الرجل ثم أتاه، فقال: إن الجارية قد حملت، قال: «قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قُدِّرَ لها»⁽²⁾.

2 - قول عمر ؓ: ما بال رجال يطئون ولائدهم، ثم يعزلونهن، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا⁽³⁾.

3 - القياس على النكاح، فإن الوطء يتعلّق به تحريم المصاهرة، فإذا كان مشروعاً صارت به المرأة فراشاً كالنكاح، ولأنه حكم تعلق بالوطء، فلم يعتبر معه الإنزال كسائر الأحكام وقد قيل إنه ينزل من الماء ما لا يُحس به⁽⁴⁾.

أدلة المذهب الثاني:

– من الأثر:

1 - نفي عمر وزيد بن ثابت وابن عباس، نفوا أولاد جوار لهم⁽⁵⁾.
أ - أما عمر: كان يعزل عن جارية له فحملت فشق ذلك عليه، فقال:

- (1) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 9/12، المراجع السابقة في مشروعية التسري.
 - (2) أبو داود: السنن، في النكاح، باب ما جاء في العزل، ص: 333، رقم الحديث (2173).
 - (3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 9/13.
 - (4) انظر: المصدر السابق ذاته 9/13، 14.
 - (5) ابن القيم: الطرق الحكيمة 1/318-319، ابن حجر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، كتاب العدد، باب الاستبراء.
- ابن حزم: المحلى 10/322، المجلد السابع، أحكام الاستبراء.
الشافعي: الأم، مختصر المزني، ص: 216، باب الشهادة في اللعان، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم، قال فولدت غلاماً أسود، فسألها، فقالت: من راعي الإبل فاستبشر.

ب - وكان زيد يقع على جارية له بطيب نفسها، فلما ولدت انتفى من ولدها، وضربها مائة، ثم أعتق الغلام.

ج - أما ابن عباس وقع على جارية له، وكان يعزل عنها فولدت، فانتفى من ولدها.

ومن المعقول:

أن الأمة لا تصير فراشاً إلا بالوطء لأنها تُراد لمنافع أخرى، فاشتُرطَ في حقها الوطء بخلاف الزوجة التي تصير فراشاً بمجرد العقد لأنها تُراد للوطء فجعل عليها كالوطء⁽¹⁾.

المطلب الخامس: الترجيح ودور البصمة الوراثية:

لا شك أن المذهب الأول هو الراجح لقوة أدلته من جانب، وحرصه على الضعفاء «الأطفال والإماء» من جانب آخر، ولكن في حالات وطء السيد وشريكه الأمة نفسها، أو دعوى العزل والنفي، فيأتي دور البصمة الوراثية لتبين حقيقة الأمر، وتنسب الولد إلى أبيه الحقيقي.

ويبقى القول كذلك على رأي الحنفية في الأمة غير المحصنة موضع نظر، فإذا شك السيد في أمته «أي دخولها وخروجها كما صرحوا به» فيرجع الأمر إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب في هذه الحالة، فلا يدعى ولد لأب هو ليس منه، ولا تزور الأمة ولداً وتنسبه إلى سيدها وهو ليس منه.

وهكذا يتضح أن البصمة الوراثية تلقي بظلالها على جزئية مهمة من مسألة تنسيب ولد التسري فأى اعتراض من السيد يُلجأ إلى البصمة الوراثية لتحديد النسب الحقيقي.

المبحث الثامن

أثر البهمة الوراثية في تنسيب أبناء الزنا

أولاً: تنسيب ابن الزنا:

المطلب الأول: تمهيد:

إنّ العلاقات الزوجية المشروعة، وما في إطارها من وطء بشبهة، هي السبب الوحيد لتنسيب الولد لأبيه، لأن الأب صاحب الماء، والأم متفق على إثبات نسب ابنها منها إن كان الأمر من نكاح أو سفاح، لضرورة أن يكون لكل طفل أم، أما ابن الزاني فلا يُنسب لأبيه طالما هناك فراش شرعي يبعد الزاني عن التنسيب، فهل يُنسب ابن الزنا لأبيه عند عدم الفراش الشرعي؟

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في تنسيب ابن الزنى:

اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال⁽¹⁾:

1 - المذهب الأول: يرى أن ابن الزنى لا يُنسب لأب بحال، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، والظاهرية، وإليه ذهب أبو يوسف⁽²⁾ وبعض الحنفية.

2 - المذهب الثاني: يرى أن ابن الزنا يُنسب إلى الزاني بشرط زواج الزاني

(1) انظر في ذلك: ابن رشد: بداية المجتهد 2/361، الشيرازي: المهذب 2/121، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 1/7، 9-130، داماد أفندي: مجمع الأنهر 1/329، ابن الهمام: فتح القدير 3/341، المقدسي: العمدة شرح العدة، ص: 441، ابن حزم: المحلى 10/140.

(2) يعقوب بن إبراهيم، صاحب الإمام أبو حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه، ولي قضاء بغداد وأول من دعي قاضي القضاة، من كتبه الخراج والآثار والنوادر، توفي سنة 182هـ، الزركلي: الأعلام 8/193.

من المزني بها وهي حامل، وهو مذهب أبي حنيفة⁽¹⁾ ومحمد، وبه قال ابن عباس .
 3 - المذهب الثالث: يرى أن ابن الزنى يُنسب إلى الزاني، قال به بعض المالكية، ونسبه بعضهم إلى القرطبي، وإلى هذا ذهب الشعبي، وإسحاق وذكره عن عروة وسليمان بن يسار، وذهب ابن تيمية إلى ذلك بشرط الاستلحاق⁽²⁾، واشترط الحسن وابن سيرين لذلك إقامة الحد على الزاني، وإبراهيم النخعي امتلاك الموطوءة⁽³⁾.

أدلة المذهب الأول:

1- أدلة السُّنة:

أولاً: حديث الملاعة: أن النبي ﷺ لا عن بين رجل وامرأة انتفى من ولده، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: أنه لما ألحق الولد بأمه قطع نسبه من أبيه فصار كمن لا أب له .

ثانياً: حديث الفراش: قال رسول الله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: ظاهر في نسب الولد من أبيه الذي يمتلك الفراش أما غيره فلا .

(1) بشرط ولادة المرأة لضبي ستة أشهر منذ تزوجها، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجت فلا يثبت نسبه .

(2) انظر قول المالكية في: ابن رشد: بداية المجتهد 2/35، وابن تيمية: مجموع الفتاوى: 112/32، 113، ابن حجر: فتح الباري 12/40.

(3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 7/129، 130، القرطبي، محمد بن أحمد: صاحب التذكرة والجامع لأحكام القرآن، كان إماماً عالماً بمعاني الحديث توفي في مصر سنة 671هـ، ابن العماد: شذرات الذهب 5/335، والشعبي هو عامر بن شراحيل، أدرك 500 من الصحابة كان ابن عباس في زمانه توفي سنة 104هـ، شذرات الذهب 1/126، وإسحاق بن إبراهيم بن راهويه ولد سنة 166هـ أخذ عنه أئمة الحديث توفي سنة 243، ابن حجر: تهذيب التهذيب 1/190، وإبراهيم النخعي من أكابر التابعين صلاحاً وهو فقيه العراق كان مجتهداً له مذهب توفي سنة 96هـ، ابن حجر: تهذيب التهذيب 1/155، ترجمة ابن سيرين، ص: 223.

(4) فتح الباري: الصحيح، في الفرائض، باب ميراث الملاعة، ص: 3/2979، رقم الحديث (6748)، والإمام مالك: الموطأ، ص: 387، دار النفائس، الطبعة العاشرة، 1407هـ-1987م.

(5) الحديث سبق تخريجه، ص: 44.

2- أدلة المعقول:

أولاً: أن ماء الزنى هدر، لا حرمة له، فلا يُرتبُ أثراً.
 ثانياً: أن الأبوة شرفٌ لا يستحقها الزناة.
 ثالثاً: الزنى محرّمٌ شرعاً، والزاني متعدّدٌ لحدود الله، فلو ألحقنا الولد به لانتشر الزنى.
 رابعاً: الزانية ساقطة المروءة والشهادة، فيسقط ادعاؤها أن هذا الولد من هذا الزاني تحديداً، وأتى لنا اليقين من معرفة الزاني الحقيقي بعد ذلك.
 خامساً: ليس هناك ما يعارض الفراش ويسقطه عقلاً فوجب أن يلحق الولد بأبيه الذي له الفراش⁽¹⁾.

3- أدلة المذهب الثاني:

الدليل من القرآن: قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽²⁾.
 وجه الدلالة: أن الله تعالى خصّ للزاني نكاح الزانية والعكس، ومنع من ذلك المؤمنين، ويجب لتحقيق نكاح الزاني من الزانية أن يستبرئ رحمها من ماء غيره للحديث: «لا يحل لامرئٍ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماء زرعه غيره»⁽³⁾.

ولما كان الزاني هو صاحب الماء فلا داعي للاستبراء، وجاز له الزواج بها وهي حامل منه، وإذا جاز ذلك نُسب الولد له.
 الدليل من المأثور: سئل ابن عباس عن الرجل يزني بالمرأة ثم يريد نكاحها؟ فقال: أول أمرها سفاح وآخره نكاح⁽⁴⁾.

(1) انظر: الشيرازي: المهذب 2/ 120.

(2) سورة: النور، الآية: 3.

(3) أبو داود: السنن، في النكاح، باب في وطء السبايا، ص: 331 رقم الحديث (2158)،
 والترمذي: السنن، في النكاح عن رسول الله ﷺ، ص: 351، رقم الحديث (1133)،
 الصنعاني: سبل السلام، ص: 693، 694.(4) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي: السنن الكبرى 7/ 155، وعبد الرزاق بن همام الصنعاني:
 المصنف 7/ 202.

وفي رواية قال ابن عباس: إن تابا فإنه ينكحها⁽¹⁾.

وفي تفسير ابن كثير، سأل رجل ابن عباس فقال: إني كنت ألمّ بامرأة، وأتي منها ما حرّم الله عزّ وجلّ، 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⁽²⁾.

أدلة المذهب الثالث:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا الرأي بالسنة والمعقول:

أدلة السنة:

1 - حديث المتلاعنين: أن النبي ﷺ قال: «أبصروها، فإن جاءت به أبيض سبطاً فهو لزوجها، وإن جاءت به أكحل جعداً فهو للذي رماها به» فجاءت على النعت المكروه، فقال: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»⁽³⁾.

وجه الدلالة: اعتبار النبي ﷺ لدليل الشبه في تحديد وإثبات الأبوة الحقيقية، وذلك بعد حكمه القضائي.

اختلاف سعد بن أبي وقاص في شأن ولد أخيه عتبة مع عبد بن زمعة، وقول النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة»، لما رأى شهباً بيئاً بعتبة⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر سودة بالاحتجاب عن الغلام، ولو كان أخاها فعلاً لما أمرها بذلك، ويدل على ذلك قرينة الشبه التي عرفها النبي ﷺ، ولكنها ربما لم تجزم باليقين فحكم بالأصل وهو الفراش.

(1) عبد الرزاق: المصنّف 202/7.

(2) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم 3/323، الجصاص: أحكام القرآن 3/265، 266.

(3) سبق تخريجه، ص: 43.

(4) الحديث سبق تخريجه، ص: 44.

أدلة المعقول:

ويُستدل لذلك من عدّة وجوه:

- 1 - قياس ماء الزنى على ماء الشبهة، فالفقهاء على تنسيب الولد من أبيه إذا وطئ أمه بشبهة وهي ليست زوجته.
- 2 - قياس ماء الزنى على ماء النكاح من حيث النتيجة، لعموم الحديث الولد للفراش، وقد استعمل الحنفية والحنابلة هذا القياس في مسألة تحريم بنت الزنى، وأم الزانية وبنتها على الزاني قياساً على الوطاء الحلال⁽¹⁾.
- 3 - إنَّ تنسيب الولد من الزاني خير من أن يترك دون نسب، وقد يستلحق فيُتَبَّى.
- 4 - قول ابن تيمية: فالمرأة تحت الزوج فراش، ويتم ذلك في عقد مع الدخول المحقق لا إمكانية المشكوك فيه⁽²⁾، فإذا لم يكن لها زوج فهي ليست فراشاً بالتأكيد.

المطلب الثالث: مناقشة أدلة الجمهور:

1- الدليل الأوّل: إلحاق الولد بأمه عند الملاعنة فيصير كمن لا أب له، نعم ألحقه بأمه وأبعد نسبه عن أبيه الذي لا يعترف به وينفيه، فإسقاط نسبه من الزوج النافي لا يعني إسقاط نسبه بالكلية، ولكن إذا طلب الزاني استلحاق ابنه، والزواج من المزني بها، صحَّ على رأي ابن عباس، والملاعنة هي طلب الزوج، وهي حقٌّ قد وجب له عند نفي الولد أو عند اتهام زوجته بالزنى، «فإذا ادعى شخص ولد الملاعنة قبل منه وثبت النسب لإمكان كونه وطئها بشبهة»⁽³⁾.

فإذا كان الادعاء المحض يُقبل، فلا بُدَّ أن يُراعي الشبه والقريينة في

(1) المقدسي: العدة شرح العمدة، ص: 372، داماد أفندي: مجمع الأنهر 1/326، الزيلعي: تبين الحقائق 2/106، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1403هـ-1983م.

(2) ابن القيم: زاد المعاد 5/415، ابن تيمية: مجموع الفتاوى 34/10-15، 31/373، 374. ترجمة ابن تيمية، ص: 92.

(3) ابن الهمام: فتح القدير 3/262.

إثبات النسب، يدل على ذلك قوله ﷺ: «وإن جاءت به أكحل جعداً فهو للذي رماها به» فهو اعتمد على قرينة الشبه في إثبات النسب، ولكن أيمان اللعان هي التي تدرأ الحد عن المرأة، وهي حق الله فوجب رعايتها، ولكن قوله ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» اعتبره في نفسه أن الولد ابن الزاني على الحقيقة.

2- الدليل الثاني: «الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا

سودة».

القول بأن الرسول ﷺ ألحق نسب الولد بزمعة لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه وهو قوله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ولا يقتضي ذلك أنه ألحقه بأبيه زمعة، لأنه لم يصفه إليه، ولا قال هو ابن لزمعة، وإنما أضافه إلى عبد بن زمعة لأنه ابن أمة أبيه⁽¹⁾.

وقوله ﷺ: «احتجبي منه» معنى ذلك أنه لم يثبت نسبه، وإنما أقرّ النبي ﷺ لعبد بن زمعة بالأخوة، ولم يكن بذلك أخاً لسودة، فلا يكون من ذوي محارمها⁽²⁾.

وخلاصة ذلك: أن النبي ﷺ أعطى لعبد بن زمعة حق الأخوة من أخيه، وحكم قضاء لصاحب الفراش بالنسب، ولم يبلغ قرينة الشبه بعتبة فأمر سودة بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط، فما رأته حتى ماتت.

أدلة المعقول:

1- ماء الزنى هدر: ماء الزنى هدر من حيث العموم، وإلا فإنه يرتب أثراً مهماً وهو: ثبوت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع عند الجمهور⁽³⁾، كما لو أرضعت الزانية طفلاً كان الزاني والده بالرضاع، وكذلك يثبت للزانية عدّة عند بعض الفقهاء، وهذا من آثار الزنى.

(1) الباجي: المتقى شرح الموطأ، رقم الحديث (1224) 5/6، كتاب الأقضية، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1403هـ 1983م.

(2) انظر المصدر السابق.

(3) ابن قدامة: المغني 485/7.

2- الأبوة شرف لا يستحقها الزناة: الزاني بعد توبته واستلحاق ابنه أجاز له ابن عباس الزواج من الزانية، فالزواج ستر أمر به الشرع، والشرف والأبوة درجات، فلا يمكن إلغاء نسب الولد من أبيه بعد طلب الأب، وفراغ الأم من زوج، لشرفية الأبوة، بل تتحقق الشرفية في ضم الولد إلى أسرة ترعاها، خير من أن ترعاها الشياطين، ويلتحق بالمجرمين.

3 - الزاني متعدّد لحدود الله: نعم الزاني ارتكب مُحرماً وتعدى حدود الله ولكن إيجاب الحدّ عليه ألا يكفي، فلماذا نزيد حدّاً على حدّ، وقد ورد في بعض المرجومين أن توبتهم تُفَرِّق على المدينة⁽¹⁾، فإذا حدّ الله يكفي، وثانياً: مقولة: إذا نُسب الولد للزاني انتشر الزنى، وكان السبب هو التنسيب فيمكن القول أن الزنى منتشر، والبغايا أشهر من الأعلام للأسف، والتبني معمول به، والفساد منتشر، ودواعي الزنى أكثر من أن تُحصَر بوجود وسائل الإعلام الحديثة والاتصالات، فالزام الزاني بالزواج من مزنيته غير المتزوجة رادع قوي عن الوقوع في الزنى وليس ناشراً له.

4 - الزانية ساقطة المروءة والشهادة فكيف لها أن تحدد الأب، نعم الزانية تسقط مروءتها وتسقط شهادتها، ولكن اليوم يستطيع غيرها أن يشهد مكانها، وهو البصمة الوراثية، وثانياً: إن ثبوت الولد لأبيه الحقيقي يعرف أيضاً بالبصمة، فإذا لم يكن فراش ووجد المُعارض القوي وهو البصمة، أفلا ننسبه إلى الزاني».

المطلب الرابع: الترجيح ودور البصمة الوراثية:

يترجح في هذه المسألة المذهب الثاني - مذهب أبي حنيفة - وكذلك رأي أصحاب المذهب الثالث بشرط توبة الزاني واستلحاقه الولد، وذلك للوجوه التالية:

1- رأي ابن عباس القوي والمدعم بالآية القرآنية الآتفة الذكر.

(1) انظر سنن الترمذي: الحدود عن رسول الله ﷺ، باب ماجاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا، ص: 448، رقم الحديث (1458).

2- القاعدة الفقهية: يُختار أهون الشرّين، أو تحصيل أعلى المصلحتين⁽¹⁾، فترك الولد لليُثم ورميه على أبواب المساجد، أو قرب حاويات القمامة، شرّ أكبر من زواج الزاني من مزنيته عند فراغها، وكذلك إنقاذ الولد وتربيته والإنفاق عليه.

3- القاعدة الفقهية: الغنم بالغرم⁽²⁾: فالزاني يُغرّم بالإنفاق والتربية، كما غنم اللذة الموهومة في المجامعة المحرّمة.

4- التقليل من ظاهرة التبني المحرمة: والامتنال لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ﴾⁽³⁾، فإذا استطعنا التعرف على آبائهم بالبصمة الوراثية، فلا سبيل إلى العدول عنه إلى جعلهم إخوة وموالي.

5- التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب، وإدخال الولد على أبيه وهو ليس منه، ومن ذلك ما ورد عن النبي ﷺ قوله: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَمْ يَدْخُلْهَا اللَّهُ جَنَّتْ»⁽⁴⁾.

6- يحصل الزنى مع بكر لا زوج لها، أو في حالات الاغتصاب، أو مع امرأة مطلقة، أو امرأة مات عنها زوجها، في هذه الحالات وغيرها تستطيع البصمة الوراثية الكشف عن الزاني فإذا تزوج الزاني مزنيته يحصل الستر على كثير من الزوجات، والرعاية لكثير من الأبناء.

وخلاصة الأمر أن البصمة الوراثية تلعب دوراً هاماً في الترجيح بين آراء الفقهاء في مسألة تنسيب ابن الزنى، وتشكّل دعامة قوية لمعرفة الأب الحقيقي

(1) ابن تيمية: مجموع الفتاوى 48/20، الشاطبي: الموافقات 26/2-32، العلائي: المجموع المهدب 2/387.

(2) القواعد الفقهية، للدوي، ص: 274، دار القلم، دمشق، الطبعة الخامسة، 1420هـ-2000م.

(3) سورة: الأحزاب، الآية: 5.

(4) الحديث سبق تخريجه، ص: 33.

- الزاني - وبالتالي إرخاء الستر على كثير من الحالات التي تكتنف المجتمع اليوم.

ثانياً: الزواج من ابنته من الزنا

اختلف الفقهاء في حكم زواج الرجل من ابنته من الزنا، فمنهم من رفضه، ومنهم من أجازته، وهذا على قولين:

القول الأول: التحريم: وهو قول الحنفية، والحنابلة، وبعض الشافعية، إذا ثبت أنها منه، وعامة الفقهاء⁽¹⁾.

القول الثاني: الجَلّ: وهو قول الشافعية، والمعتمد عند المالكية⁽²⁾.

أدلة القول الأول:

١- من القرآن:

أ - قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾.

وجه الدلالة: أنها (بنت مزنيته) بنته، فإنها أنثى مخلوقة من مائه، وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة، ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية: «انظروه، يعني ولدها، فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء» يعني الزاني⁽³⁾.

ب - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾⁽⁴⁾.

(1) الميرغثاني: الهداية 1/ 209، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 7/ 485، الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر 3/ 175، الشيرازي: المهذب 2/ 43، وبعض الشافعية منهم الروياني.

(2) النووي: المجموع 6/ 219، الشيرازي: المهذب 2/ 43، ابن رشد: بداية المجتهد 2/ 34، دار المعرفة، الطبعة التاسعة، 1409هـ - 1988م، النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة أبو زيد القيرواني 2/ 19، دار الفكر، بيروت، د.ت.

(3) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير 7/ 485، والآية من سورة النساء رقم 23.

(4) سورة: النساء، الآية: 22، ابن رشد: بداية المجتهد 2/ 34.

وجه الاستدلال: أن الوطاء يسمّى نكاحاً، ولو كان حراماً، فالدلالة اللغوية تدل على التحريم.

٢- من السنة:

أ - قال رسول الله ﷺ: «لا ينظر الله إلى حديث رجل نظر إلى فرج امرأة وبتتها»⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن النظر واللمس سبب داع إلى الوطاء، فيقام مقامه في موضع الاحتياط⁽²⁾.

قوله ﷺ: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وبتتها»⁽³⁾.

وجه الدلالة: ظاهر في تحريم النظر إلى الفرجين، أي وطئهما.

٣- من المأثور:

أ - روي عن ابن عباس أنه فرق بين رجل وامرأته بعد أن ولدت له سبعة رجال كلهم صار رجلاً يحمل السلاح، لأنه أصاب من أمها ما لا يحل. وقال عروة بن الزبير فيمن زنى بامرأة: لا يصلح أن يتزوج ابنتها أبداً، وكذلك نُقل عن ابن المسيب والحسن⁽⁴⁾.

٤- من المعقول:

أ - إن النكاح عقد يفسده الوطاء إذا كان بشبهة، وكذلك يفسده الوطاء الحرام⁽⁵⁾.

ب- الوطاء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد

(1) الدارقطني: السنن 3/ 268، دار المحاسن، القاهرة، 1386هـ - 1966م، البيهقي: السنن الكبرى 7/ 169. وهو ضعيف.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية 3/ 173، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ - 1997م.

(3) عبد الرزاق: المصنف 7/ 194.

(4) ابن أبي شيبة: الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار 4/ 421. ترجمة الحسن، ص: 192.

(5) ابن قدامة: المغني 7/ 485.

منهما، فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه، وكذلك على العكس، والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة، وهي الموطوءة، والوطء محرم من حيث أنه سبب الولد لا من حيث أنه زنا⁽¹⁾.

أدلة القول الثاني⁽²⁾:

١ - من القرآن:

قوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾⁽³⁾.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى عدّ المحرمات من النساء، وأباح ما وراء ذلك، والبنات من الزنا لا تدخل تحت المحرمات، فتكون مما وراء ذلك.

٢- من السنة:

أ - سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ رَجُلٍ زَنَا بِامْرَأَةٍ، فَأَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا أَوْ ابْنَتَهَا، فَقَالَ: «لَا يُحْرَمُ الْحَرَامُ الْحَلَالُ، إِنَّمَا يُحْرَمُ مَا كَانَ بِنِكَاحٍ»⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: أن الزنا حرام، ولا يحرم الحلال أي النكاح من بنته من الزنا.

ب - أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي الزَّوْجِ مِنْ امْرَأَةٍ يُقَالُ لَهَا: أُمٌّ مَهْزُولٌ وَكَانَتْ تُسَافِحُ، وَشَرَطَتْ أَنْ تَنْفَقَ عَلَيْهِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: أن الزاني يستطيع أن يتزوج الزانية، لأن وصف الزنا قد عمّهما.

(1) الميرغاني: الهداية 1/ 209.

(2) النووي: المجموع 6/ 219، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن 12/ 168.

(3) سورة: النساء، الآية: 24.

(4) البيهقي: السنن الكبرى 7/ 169، كتاب النكاح، الدارقطني: السنن 3/ 268.

(5) سورة: النور، الآية: 3. البيهقي: المصدر السابق 7/ 153.

٣- من المعقول:

إن ولادة البنت من الزنا لا يتعلّق بها ثبوت النسب، فلم يتعلّق بها التحريم كالولادة لما دون ستة أشهر من وقت الزنا، ولا يثبت التوارث، فلا صلة لحرمة الزنا كما يُحرّم النسب⁽¹⁾.

المناقشة ودور البصمة في الترجيح:

1 - الدليل الأوّل: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾.

عدّت الآية المحرمات من النساء: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ والبنت من الزنا إذا ثبت أنها من مائه بالدليل القاطع - البصمة الوراثية - فهي ابنته من الزنا، فتدخل تحت قوله ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ وبذلك يسقط الاستدلال بالآية.

2 - الدليل الثاني: قوله ﷺ: «لا يحرم الحرام الحلال».

هذا الحديث رواه البيهقي وضعفه، ويمكن أن يؤول أن الزاني إذا زنا بامرأة فيستطيع بعد ذلك أن يتزوجها، وكذلك إذا زنا بابنتها دون أمها يستطيع أن يتزوج البنت وليس المقصود الجمع بين المرأة وابنتها من الزنا.

3 - الدليل الثالث: الزواج من أم مهزول: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾.

نعم المرأة المزني بها يستطيع أن يتزوجها الزاني، فلا يُلَمَح في الآية أن يجمع بين مزيّاتة إذا كانت الثانية - البنت - جزءاً من الأولى - الأم.

4 - الدليل الرابع: أن البنت من الزنا لا يتعلّق بها ثبوت النسب، ولا يثبت التوارث، هذا ثابت ولكن لا يمكن نفي النسب مطلقاً، ويدل ذلك على قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية: «انظروه يعني ولدها، فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء» أي الزاني فالنسب لا يثبت، ولكنه لا

(1) النووي: المجموع شرح المذهب 6/219، الشيرازي: المذهب 2/43، الشربيني: مغني المحتاج 3/175، ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/35.

يُنفي بالكلية بل يتعلّق بالزاني تعلّق وصف وحقيقة .

5- البصمة الوراثية: إذا أثبت فحص البصمة الوراثية، أن خلايا البنت متطابقة مع خلايا الأب فلا يجوز حينئذ أن يتزوج الرجل من ابنة له تملك نفس الموروثات، وقد خلقت من مائه، لما يستتبع ذلك من تشوّهات خلقية، وعدم قبول من الفطرة الإنسانية البشرية.

الترجيح:

نظراً لقوة أدلة الرأي الأوّل، وضعف أدلة الرأي الثاني، مع الكشف الطبي الحديث - البصمة الوراثية - يترجح حرمة زواج الرجل من ابنته من الزنا (إذا ثبت أنها منه)، إضافة إلى رفض الجبلة الإنسانية لهذا الزواج.

الباب الأول البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية

الفصل الثاني أثر البصمة على معرفة المجرمين

المبحث الأول: القرائن ودور البصمة الوراثية.

المبحث الثاني: البصمة الوراثية قرينة قاطعة.

المبحث الثالث: أثر البصمة على القسامة.

المبحث الرابع: أثر البصمة على طرق إثبات هوية المفقودين والمشوهين
والجثث ومجرمي الاغتصاب.

الفصل الثاني

البصمة الوراثية وأثرها على معرفة المجرمين والمفقودين

المبحث الأول

القرائن ودور البصمة الوراثية

المطلب الأول: تعريف القرينة لغة وشرعاً:

القرينة لغة:

القرينة جمعها: قرائن، وهي مأخوذة من قرن الشيء بالشيء أي شدّه إليه ووصل به، وقرن الشيء بالشيء، وقرن بين الشيئين، قرناً وقراناً والإقران: قوة الرجل على الرجل، وأقرن فلان: جمع بين شيئين وعملين، وقرينة الرجل: امرأته وسميت الزوجة قرينة لمقارنة الرجل إياها، وقرينة الكلام، ما يصاحبه ويدل على المراد به والقرين المصاحب، والقران: أن تقرن بين تمرتين تأكلهما⁽¹⁾.

القرينة في اصطلاح الفقهاء:

- 1 - القرينة: هي أمر يشير إلى المطلوب⁽²⁾.
- 2 - والقرينة القاطعة: هي الأمانة البالغة حد اليقين⁽³⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب 13/339، 340، محمد مرتضى، الزبيدي: تاج العروس 9/308، 309، دار مكتبة الحياة، د.ت.
(2) الجرجاني، علي بن محمد: التعريفات: ص: 174، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1408هـ 1988م.
(3) مجلة الأحكام العدلية، ص: 466، المادة 1741، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1424هـ 2004م.

ويمكن تعريف القرينة: أنها العلامة أو الأثر الذي يدل على أمر آخر هو المراد.

والقرينة في مجال الإثبات هي: العلامات التي تدلّ على الواقعة المجهولة التي يراد إثباتها عند انعدام أدلة الإثبات الأخرى الأقوى من إقرار أو بيّنة وبالتالي فإن القرينة تُوجد عند الإنسان علماً بموضوع الاستدلال يكاد يكون مماثلاً للعلم الحاصل من المشاهدة والعيان.

المطلب الثاني: الأدلة على مشروعية العمل بالقرائن:

يدل على مشروعية العمل بالقرائن ما جاء في الكتاب والسنة والمأثور:

1 - أدلة الكتاب:

ليس في القرآن نص قطعي الدلالة على اعتبار القرينة في الأحكام أو عدم اعتبارها ولكن القائلين بالعمل بالقرائن استنبطوا اعتبارها بدلالة ظنية لبعض النصوص في القرآن الكريم ورأوا جواز الأخذ بها.

أولاً:

قوله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: ما ذكره المفسرون: أنهم أي أخوة يوسف لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التخريق، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص، فيسلم من التخريق⁽²⁾.

وقال في تبصرة الحكام: أجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص، فاستدل بهذه الآية على إعمال الأمارات⁽³⁾.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رُوَدَّتْنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا

(1) سورة: يوسف، الآية: 18.

(2) القرطبي، محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن 9/ 149، 150، ابن العربي، محمد بن عبد الله: أحكام القرآن 3/ 1077، تحقيق علي بن محمد الجاوي، دار المعرفة، بيروت، د. ت.

(3) ابن فرحون، محمد بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام 2/ 93، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1301هـ.

إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾ (1).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى ذكر هذه الآية لبيان براءة يوسف عليه السلام، وهي قائمة على الأمانة، حيث إن كان القميص قُدًّا من قُبُلٍ فهي صادقة، وأما العكس، وهو قُدُّ القميص من الدبر فهو أمانة على أنه لما وقع منه الهرب أمسكت بقميصه من ورائه لترده إليها، وبهذا أظهر الله براءة يوسف عليه السلام (2). وقد صدقوه بهذه الأمانة وسلموا بها.

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَاقًا﴾ (3).

وجه الدلالة: أن الفقراء معروفون بعلامات وأمارات تدل عليهم مع أنهم لا يظهرون فقرهم بما يرى، إنما القرائن تدل عليهم وتُعرَّف بهم.

2 - أدلة السنة:

يوجد في السنة أحاديث كثيرة تدل على العمل بالقرينة وهذه نبذة منها:

أولاً:

أن ابني عفراء لما تداخيا قتل أبي جهل، قال لهما رسول الله ﷺ: «هل مسحتما سيفيكما؟» قالوا: لا، قال: «فأرياني سيفيكما»، فلما نظر فيهما قال لأحدهم: «هذا قتله وقضى له سلبه» (4).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أخذ بالقرينة - رؤية الدم على السيف - في حكمه فيمن قتل أبا جهل، وعمل بالقرينة في قضائه له بالغنيمة.

ثانياً: حديث ماعز الذي أقرَّ بالزنى، فقد جاء في بعض روايات

(1) سورة يوسف، الآيتان: 26، 27.

(2) ابن العربي: أحكام القرآن 3/ 1085، الجصاص، أحمد بن علي: أحكام القرآن 3/ 171، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ت. وانظر: ابن كثير: تفسير القرآن الكريم 2/ 578.

(3) سورة: البقرة، الآية: 273.

(4) مسلم: الصحيح، مع الشرح في الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل 12/ 62، 63، دار الفكر، بيروت، د. ت.

الحديث أن النبي ﷺ أمر من يشم رائحة فمه، لعله أن يكون سكراناً قبل اعترافه على نفسه⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ اعتبر أمانة رائحة الفم دليلاً على الشرب والسكر، فلما لم يجد ذلك أعمل الاعتراف.

ثالثاً: حديث النبي ﷺ قال: «والرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف»⁽²⁾.

3 - أدلة المأثور:

أولاً: حكم سيدنا عمر بن الخطاب ؓ بإقامة الحد على من وجد في فمه رائحة الخمر، وكذلك حكم سيدنا عثمان بن عفان ؓ على رجل يتقياً الخمر، فقال عثمان: إنه لم يتقياًها حتى شربها، وكان ذلك بمحضر الصحابة، ولم ينكر عليه أحداً، فكان إجماعاً⁽³⁾ وكذلك الحكم على المرأة عندما تكون حبلى وليس لها زوج ولا سيد، حكم به الخلفاء الراشدون⁽⁴⁾.

ثانياً: احتكم إياس بن معاوية⁽⁵⁾ إلى الأمانة والقرينة وذلك عندما اختصم عنده رجلان في قطيفتين، أحدهما: حمراء، والأخرى خضراء، وأحدهما يدعي التي بيد الآخر، وأنه ترك قطيفته ليغتسل، فأخذها الآخر، وترك قطيفته هو في محلها، ولم توجد بيّنة، فطلب إياس أن يؤتى بمشط،

(1) فتح الباري: الصحيح، في الحدود، باب: لا يُرجمُ المجنون والمجنونة 3/3016، رقم الحديث (6815، 6816).

(2) فتح الباري: الصحيح، في الحدود، باب: رجم الحبلى من الزنى إذا أحصنت 3/3025، رقم (6830).

(3) النووي بشرح مسلم 11/216.

(4) ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين 4/374، دار الجيل، د. ت.

(5) ابن قرة المزني قاضي البصرة وأحد أعاجيب الدهر في الفطنة والذكاء ولد سنة 46، وتوفي بواسطة سنة 122هـ، قال الجاحظ: إياس من مفاخر مضر، صادق الحس، نقاباً عجيب الفراسة ملهماً وجيهاً عند الخلفاء، الزركلي: الأعلام 2/33، الذهبي: سير أعلام النبلاء 5/155، مؤسسة الرسالة، بيروت.

فسرَّح رأس هذا، وسرَّح رأس هذا، فخرج من رأس أحدهما صوف أحمر، ففضى بالحمراء للذي خرج من رأسه الصوف الأحمر، وبالخضراء للذي خرج من رأسه الصوف الأخضر⁽¹⁾.

ثالثاً: حكم المعتضد⁽²⁾ في جريمة قتل هرب القاتل واندس بين الناس فلم يُعرف، فمرَّ المعتضد على الناس يضع يده على قلب كل واحد منهم، واحداً بعد واحد فيجده ساكناً، حتى وضع يده على فؤاد الغلام، فإذا به يخفق خفقاً شديداً، فركضه برجله فاستقرَّه فأقرَّ، فقتله⁽³⁾.

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في اعتبار القرائن

1 - قال ابن القيم: ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقرار وقد صرَّح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب في الشهود فرَّقهم وسألهم كيف تحملوا الشهادة وأين تحملوها، وذلك واجب عليه متى عدل عنه أثم وجار في الحكم⁽⁴⁾.

ويقول أيضاً: وكذلك قول النبي ﷺ: «البينة على المدعي»⁽⁵⁾. والمراد به أن عليه بيان ما يصحح دعواه ليحكم به، والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرهما من أنواع البينة قد يكون أقوى منها دلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد والبينة⁽⁶⁾.

- (1) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص: 25، دار الكتب العلمية.
- (2) أحمد بن طلحة بن جعفر بن الموفق بن المتوكل، خليفة عباسي ولد سنة 242هـ في بغداد ونشأ فيها وكذلك مات فيها سنة 289هـ بويج به بالخلافة سنة 279هـ أقام العدل وبذل المال وأصلح الحال، وحج وغزا، وجالس المحدثين مدة خلافته 9 سنوات و9 أشهر و13 يوماً، الزركلي: الأعلام 1/ 140.
- (3) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص: 41.
- (4) ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 42، ترجمة ابن القيم، ص: 192.
- (5) البخاري: كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه 3/ 187، دار إحياء التراث، بيروت، د. ت.
- (6) انظر: ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 7 - 24.

2 - تذكر مجلة الأحكام العدلية مثلاً من أمثلة القرائن القطعية: شخص خارج من دار خالية مدهوشاً، في يده سكين ملوثة بالدم، فدخل في الدار ورؤي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص المذكور ربما قتل نفسه⁽¹⁾.

3 - يقول ابن نجيم⁽²⁾ الحنفي: إن الحجة في القضاء بينة عادلة، أو إقرار، أو نكول عن يمين، أو قسامة، أو علم القاضي بعد تولية، أو قرينة قاطعة⁽³⁾، والبصمة منها.

5 - ويقول ابن فرحون⁽⁴⁾ المالكي ناقلاً: على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح، وهو قوة التهمة، ولا خلاف في الحكم بها، وجاء العمل في مسائل اتفقت عليها المذاهب الأربعة، وبعضها قال به المالكية خاصة⁽⁵⁾.

وكذلك عند الشافعية يعملون الأمارات والقرائن والعلامات في مواضع عديدة كوضع اليد على الدور والحيطان وغيرها⁽⁶⁾.

المطلب الرابع: صور من القرائن:

هذه بعض الصور التي عمل بها الفقهاء اعتماداً على الأمارات والقرائن:

1 - قال ابن المنجي الحنبلي: ولو تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر آخذ

(1) مجلة الأحكام العدلية، ص: 466، المادة 1741.

(2) عمر بن إبراهيم بن محمد بن، حنفي من أهل مصر، له كتاب النهر الفائق في شرح الكنز وإجابة السائل باختصار أنفع الوسائل في الفقه الحنفي توفي سنة 970هـ ابن العماد: شذرات الذهب 523 / 10.

(3) الأشباه والنظائر، ص: 217، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ 1985م.

(4) عبدالله بن فرحون، فقيه مالكي من العلماء بالحديث، ولد في المدينة سنة 693، ونشأ فيها له كتب منها: الدر المخلص من التقي والملخص، وشرح المفظال في شرح مختصر الموطأ، توفي سنة 769هـ، الزركلي: الأعلام 4 / 126، ابن حجر: الدرر الكامنة 1 / 48.

(5) ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام 2 / 95، نقله عن ابن العربي.

(6) الشيرازي: المهذب 2 / 316.

بكمه فهو للابسه، وإنَّ تنازع صاحب الدار والخياط الإبرة والمقص فهما للخياط⁽¹⁾.

2 - 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 المُنزلة منزلة الشهادة⁽²⁾.

3 - جواز دفع اللقطة إلى صاحبها عند التعرف على أوصافها، وعلى شكلها ومضمونها اعتباراً بالعرف⁽³⁾.

4 - إذا رأى قتيلاً يتشحط بدمه، وآخر قائم على رأسه السكين، هل يشك في أنه قتله ولا سيما إذا عرف بعداوته⁽⁴⁾.

5 - لو رأينا رجلاً مكشوف الرأس وليس ذلك من عادته، وآخر هارب قدامه بيده عمامة وعلى رأسه عمامة، حكمنا لمكشوف الرأس بالعمامة⁽⁵⁾.

6 - الشرب من المصانع أو السُّبُل الموضوعة على الطرقات، وإن لم يعلم الشارب إذن أربابها في ذلك لفظاً، اعتماداً على دلالة الحال⁽⁶⁾. فإن وجودها في الشوارع قرينة على رضا أصحابها من الشرب منها.

7 - سكوت البكر عند 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⁽⁷⁾.

(1) المنجي التنوخي الحنبلي: المتع شرح المقنع 6/279، 280، تحقيق عبد الملك الدهيش، دار خضر، بيروت، 1418هـ/1979م، وابن المنجي هو ابن عثمان بن أسعد، زين الدين التنوخي، انتهت إليه رئاسة المذهب، من كتبه تفسير القرآن الكريم، توفي سنة 695هـ، الزركلي: الأعلام 291/7.

(2) ابن فرحون: تبصرة الحكام 2/95، 96.

(3) المصدر السابق.

(4) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص: 7.

(5) المصدر السابق.

(6) ابن فرحون: تبصرة الحكام 2/95.

(7) انظر: الصنعاني، سبل السلام، ص: 599.

المطلب الخامس: آراء المانعين⁽¹⁾ من استعمال القرائن والأخذ بها:

تتركز حجة المانعين من الأخذ بالقرائن على ما يحوط هذه القرائن من الاحتمالات التي من شأنها أن تؤدي إلى القصاص من متهم بريء أو إنزال العقوبة على شخص لا يستحق العقاب، ومن الدلائل على هذا المعنى:

1 - ما روي أنه أتى برجل وُجد في خربة بيده سكين ملطخة بدم، وبين يديه قتيل يتشخط في دمه، فسأله علي عليه السلام، فقال: أنا قتله، قال علي: اذهبوا به فاقتلوه، فلما ذهبوا به أقبل رجل مسرعاً، فقال: يا قوم لا تعجلوا ردوه إلى علي، فردوه، فقال الرجل: يا أمير المؤمنين، ما هذا صاحبه. أنا قتله، فقال علي للأول: ما حملك على أن قلت: أنا قتله، ولم تقتله؟ قال: يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أصنع وقد وقف العسس على الرجل يتشخط في دمه وأنا واقف في يدي سكين فيها أثر الدم، وأخذت في خربة فخفت ألا يقبل مني وتكون قسامة فاعترفت بما لم أصنع، واحتسبت نفسي عند الله، فقال علي: بشئما صنعت، فكيف كان حديثك قال: إني رجل قصاب، خرجت إلى حانوتي في الغلس فذبحت بقرة وسلختها، فبينما أنا أصلحها والسكين في يدي، أخذني البول فأتيت خربة كانت بقربي فدخلتها، فقضيت حاجتي، وعدت أريد حانوتي فإذا أنا بهذا المقتول يتشخط في دمه، فراعني أمره فوقفت أنظر إليه والسكين في يدي، فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا وأخذوني فقال الناس: هذا قتل، هذا ما له قاتل سواه، فأيقنت أنك لا تترك قولهم لقولي، فاعترفت بما لم أجنه، فقال علي للمقر الثاني: فأنت كيف قصتك؟ فقال: أغواني الشيطان فقتلت الرجل طمعاً في ماله، ثم سمعت حس العسس، فخرجت من الخربة، واستقبلت هذا القصاب على الحال التي وصف، فاستترت منه ببعض الخربة حتى أتى العسس فأخذه وأتوك به، فلما

(1) من هؤلاء المانعين: الشيخ محمد الحاج الناصر: الإثبات أو الأمارات: بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد 12، 3/113، فهو اعتبر القرينة دليلاً ظنياً لا قطعياً.

أمرت بقتله علمت أنني سأبوء بدمه أيضاً، فاعترفت بالحق، فقال للحسين عليه السلام: ما الحكم في هذا؟ قال يا أمير المؤمنين: إن كان قد قتل نفساً فقد أحيا نفساً، وقد قال تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾⁽¹⁾. فخلى عليٌّ عنهما وأخرج دية القتيل من بيت المال⁽²⁾.

2 - إن امرأة خرجت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم تريد الصلاة فتلقاها رجل فتجللها، ففضى حاجته منها، فصاحت، فانطلق ومر عليها رجل فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا، ومرت بعصابة من المهاجرين، فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا، فانطلقوا فأخذوا الرجل الذي ظنت أنه وقع عليها وأتوا به، فقالت: نعم هو هذا، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أقرَّ به ليرجم قام صاحبها الذي وقع عليها، فقال: يا رسول الله أنا صاحبها فقال لها: «أذهبى فقد غفر الله لك» وقال للرجل قولاً حسناً، وقال للرجل الذي وقع عليها: «ارجموا» وقال صلى الله عليه وسلم: «لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم»⁽³⁾.

قال أبو داود: يعني الرجل المأخوذ فقال: للرجل الذي وقع عليها «ارجموا» فقال: «لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم»⁽⁴⁾.

المطلب السادس: المناقشة:

يمكن الرد على هذين الأثرين من أكثر من وجه:

1 - يقول ابن القيم عن الحديث الأول وقضيته، وهذا إن كان صلحاً وقع برضا الأولياء فلا إشكال وإن كان بغير رضاهم فالمعروف من أقوال

(1) سورة: المائدة، الآية: 32.

(2) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص: 43.

(3) الترمذي: السنن، في الحدود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا، ص: 448، رقم (الحديث: 1458) دار ابن حزم، بيروت.

(4) محمد أشرف العظيم أبادي: عون المعبود على شرح سنن أبو داود 2/2022، كتاب الحدود، باب: في صاحب الحديث فيقر، رقم الحديث (4379) دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م.

الفقهاء أن القصاص لا يسقط بذلك لأن الجاني قد اعترف بما يوجبه، ولم يوجد ما يسقطه فيتيقن استيفاؤه، وبعد فلحكم أمير المؤمنين وجه قوي⁽¹⁾.

فالظاهر أن عدول أمير المؤمنين عن استيفاء حد القصاص بعد اعتراف القاتل، وليس ثمة تصالح بين الأولياء في الرواية، يغمز من قناة هذه الرواية بشيء من الضعف.

2 - أما الحديث الثاني فإسناده على شرط مسلم، ولعله للاضطراب في متنه، والاضطراب ورود رواية بعدم رجم الذي اعترف بالزنا، ورواية الترمذي أنه أمر برجمه، قال ابن القيم: إن الراوي إما أن يكون قد جرى على المعتاد برجم المعترف وإما أن يكون اشتبه عليه أمره برجم الذي جاؤوا به أولاً، فوهم وقال: إنه أمر برجم المعترف ثم الذين رجمهم رسول الله ﷺ مضبوطون معدودون، ولم يكن هذا من بينهم، والظاهر أن راوي الرجم في هذه القصة استبعد أن يكون اعترف بالزنا عند رسول الله ﷺ ولم يرحمه، وعلم أن من هديه رجم الزاني، فقال: وأمر برجمه⁽²⁾.

3 - إن الرسول ﷺ اعتمد على القرينة في الحديث الثاني فأمر برجم المتهم الذي كان مغيباً للمرأة مع عدم إقرار، وليس ثمة شهداء أربعة، فلما تبين خلاف ذلك وجب العودة عنه.

4 - في الحديث الأول: لما علم المتهم أن القرائن كلها ضده، اعترف بالجريمة والقرائن نفسها هي التي جعلت عسكر علي ﷺ يقبضون عليه، ولو لم تكن القرائن دليلاً قوياً في الدعوى لما قبضوا عليه، وإلا فكيف نجد قتيلاً مضرجاً بدمائه وقربه رجل يحمل سكيناً عليها آثار الدماء فتتركه، نعم قد يتبين أنه ليس القاتل بعد ذلك ولكن لا يمكن ترك القرائن الظاهرة أولاً، لاحتمال كبير أن يكون القاتل الحقيقي.

5 - الاحتمالات التي يمكن أن تؤثر في القرينة وتضعف من قوتها هي نفسها موجودة في طرق الإثبات الأخرى، فالبيئة قد يتطرق إليها كذب

(1) ابن القيم: الطرق الحكيمة، ص: 44.

(2) المصدر السابق، ص: 45.

الشهود، أو نسيانهم، والإقرار قد تدخل فيه المصلحة الخاصة، أو الإكراه، ومع ذلك تبقى أدلة قاطعة يعتمد عليها القضاء فإذا كان الاحتمال يدخل إلى أقوى البيّنات ولا يؤثر فيها، وكذلك لا يؤثر في قوة القرينة وإثباتها للجرم.

6 - إن القرائن التي تُدافع عنها هي القرائن القوية، إنما القرائن الضعيفة المتهافئة فلا يعتمد عليها أصلاً، ويشترط في القاضي أو الحاكم إمعان الفكر والنظر، والتدقيق في مثل هكذا قضايا خطيرة والحكم كله لا يُبنى على القرينة مهما كانت قوية، إنما يؤسس الحكم على هذه القرينة، والتي بدورها قد تؤكد القاتل باعترافه أو غيره.

7 - القائلون بعدم الركون إلى القرائن واعتمدوا على الإقرار والبيّنة، كان يعيشون في زمن فيه الوازع الديني والخُلقي ما يبعث على الاعتراف وغيره، فكيف بنا اليوم وقد نرى العصابات المجهزة والمنظمة، ترتكب فعلتها دون أي شاهد عيان، وفي النادر ما ترى اعتراف بجريمة فمن الخطر بمكان أن نقول بترك القرائن القوية وعدم اعتبارها وإلا لنجا أكثر المجرمين بأفعالهم وبالتالي يسقط العدل المنشود في الدين الإسلامي.

المطلب السابع: الترجيح ودور البصمة الوراثية:

بعد المناقشة لأقوال المانعين للعمل بالقرينة يتبين ضعف أدلتهم وتهافتها⁽¹⁾. والذي يترجح لدي العمل بالقرينة القوية الظاهرة كدليل أولي على الجرم ولكن ينبغي التشدد في القضايا التي تشدد بها الشرع واحتاط لها بالحدود⁽²⁾ مثلاً، والتوسع في أعمال القرائن القوية في غيرها، والله أعلم.

فإن التقدم العلمي في العصر الحاضر قد زاد القرائن أهمية بالنسبة للوقائع المادية ومن ثم أصبح من الضروري مجابهة العلم بالعلم واستخدام

(1) حسن بن محمد مسفر: الطرق الحكمية في القرائن كوسيلة إثبات، في بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في الدورة الثانية عشرة العدد الثاني عشر، 3/340.

(2) وإليه ذهب د. عوض عبد الله أبو بكر في بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي. د. 12، عدد 12، بعنوان دور القرائن والإمارات في الإثبات 3/383.

وسائل الكشف المعدة سلفاً أو المصاحبة للجريمة أو اللاحقة عليها ليتسنى بهذا دحض الأساليب الإجرامية المبتكرة ولن يكون ذلك إلا عن طريق الاستعانة بالقرائن في الإثبات⁽¹⁾.

ودور البصمة الوراثية اليوم كاكشاف علمي يعتبر شبهة دليل من حيث الأثر الذي يتركه المجرم مكان الحادثة، أو على أعقاب السجائر وغيرها، أو على الضحية نفسها، من لعاب ومني وغيره.

وذلك لأن الأثر قد يكون لغير المجرم اتفق وجوده في مكان الجريمة لكن هذا يبقى احتمالاً قد يكون نادراً في معظم الأحيان، وقد يكون غير ذلك لذلك فليس ثمة مانع من اعتبار البصمة قرينة قوية⁽²⁾ والعمل بها لتبين الحقائق التي يتشوف الشرع إلى إثباتها إلا إذا تبين أن هناك اعترافاً أو بينة تخالفها فإنه يرجع عنها إلى غيرها، وقد أخذت المحاكم الأوروبية والأميركية بالبصمة الوراثية على أنها قرينة إثبات ونفي قوية لا تقبل الشك في جرائم السرقة والقتل والاعتصاب والجرائم الجنسية، ولم تعتبرها دليلاً⁽³⁾.

وبالتالي فإن البصمة هي شبهة دليل في هذه الحالات، وليست دليلاً قطعياً، إنما هي قرينة قوية جداً.

- (1) محمد بدر المنيانوي: القرائن في الفقه الإسلامي على ضوء الدراسات القانونية المعاصرة، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، دورة 12، عدد 12، 3/55.
- (2) لأنها تفيد علماً حسيماً وهذا الشرط ذهب إليه الشيخ محمد علي التسخيري والشيخ مجتبي المحمودي في بحثهما المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته 12، العدد 12، 3/27.
- (3) انظر: د. بدر خالد الخليفة: توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، ص: 189، الطبعة الأولى 1996م، جامعة الكويت.

المبحث الثاني البصمة الوراثية قرينة قاطعة:

المطلب الأول: تمهيد:

البصمة الوراثية اكتشاف علمي جديد، لذلك انبرى العلماء المعاصرون وأدلى كلّ بدلوه في حجّية هذا العمل بهذا الاكتشاف، وتتمحور آراء هؤلاء العلماء على اعتبار أن البصمة الوراثية قرينة قاطعة أو ظنية، ورأى بعضهم تسميات أخرى ما بين القاطعة والظنية، لذلك كان من الأهمية بمكان تسليط الضوء على آرائهم للانطلاق قُدماً في تكييف البصمة على اعتبارها قرينة قاطعة أم لا؟

تركزت أغلب آراء العلماء المعاصرين على رأيين مهمين، وفيما عدا ذلك يوجد رأي متوسط لم يدلل أصحابه له، فأعرض الرأيين الأولين ثم أعرج على الأخير.

المطلب الثاني: آراء العلماء المعاصرين في اعتبار البصمة قرينة قاطعة

القول الأول: يرى أن البصمة الوراثية قرينة قاطعة بنسبة 100٪، وإلى هذا القول ذهب سعد الدين الهلالي⁽¹⁾، وعبد القادر الخياط⁽²⁾، ومفتي مصر سابقاً نصر فريد واصل⁽³⁾، وعلي محيي الدين القره داغي⁽⁴⁾، وفؤاد عبد

- (1) سعد الدين الهلالي: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، مرجع سابق، ص: 273.
- (2) عبد القادر الخياط والخيرة فريدة الشمالي: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلائقها بالشريعة الإسلامية 4/ 1507، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية.
- (3) نصر فريد واصل: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص: 43، بحث ضمن الدورة 16 لمجمع الفقه الإسلامي.
- (4) د. علي القره داغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص: 27 - 30 بحث ضمن الدورة 16 لمجمع الفقه الإسلامي.

المنعم⁽¹⁾، وأقرت هذا الكلام المنظمة الإسلامية بدولة الكويت في دورتها التي انعقدت بتاريخ 15\10\1998 والتي جاء فيها فيما يخص القطع، القول بأن البصمة الوراثية: «وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية⁽²⁾ وتابعهم د. أحمد الباز بقوله بحكم قطعية نتائجها⁽³⁾.

القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول بأن البصمة الوراثية قرينة ظنية، لا ترقى إلى القرائن القطعية، وإلى هذا ذهب وهبة الزحيلي⁽⁴⁾ بقوله: بأنها قرينة مقبولة للإثبات والنفي، وعمر السبيل⁽⁵⁾ بقوله: إنها قرينة من القرائن التي يُستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها، والشيخ أحمد الكبيسي⁽⁶⁾، والمفتي أحمد الحداد⁽⁷⁾، والقاضي وليد عاكوم⁽⁸⁾ بقوله: هي قرينة واقعية بسيطة، وسعد العنزي⁽⁹⁾ بقوله: إنها دليل تكميلي مساند لأدلة

- (1) المستشار فؤاد عبد المنعم: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، 4/1444، بحث ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون 2002م، الإمارات.
- (2) أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، دولة الكويت، من 23-25، جمادى الآخرة 1419هـ الموافق له 13-15 أكتوبر 1998، 2/1050.
- (3) عباس أحمد الباز: بصمات غير الأصابع وحجيتها في الإثبات والقضاء 2/787، بحث ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية.
- (4) د. وهبة الزحيلي: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص: 6، وبحثه المقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون 2/513-529.
- (5) د. عمر السبيل: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ص: 27.
- (6) د. أحمد الكبيسي: جريدة الخليج، دولة الإمارات العربية المتحدة، الشارقة، عدد رقم 8688، الاثنين بتاريخ 30 ذي الحجة 1423، الموافق له 3 مارس 2003، ص: 10.
- (7) جريدة الخليج - الإمارات العربية المتحدة، الشارقة، عدد رقم 8690، الأربعاء 2 محرم 1424، الموافق له 5 مارس 2003، ص: 10.
- (8) القاضي وليد عاكوم: البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، 22-24 - صفر - 1423، الموافق له 5/7/2002، جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون 2/542.
- (9) سعد العنزي: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات أو نفي النسب، ص: 431، بحث ضمن ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، الكويت.

الشرع يعتمده القاضي عند النظر في قضايا النسب، وسماها الدكتور محمد أبو الوفا بالدليل الناقص⁽¹⁾.

القول الثالث: يعتبر أصحاب هذا القول أن البصمة الوراثية قرينة قوية جداً أو هي شبه قطعية، فبالنظر إلى أقوالهم يمكن اعتبارهم مساندين للرأي الأول، وإليه ذهب د. ناصر الميمان⁽²⁾ بقوله: «والبصمة الوراثية قرينة شبه قطعية للإثبات حيث أنها تدل على المطلوب مع احتمال خطأ نادر جداً، فيلزم الأخذ بها في إثبات النسب لأنها شبه قطعية».

وذهب د. محمد رأفت عثمان⁽³⁾ بأن البصمة الوراثية: قرينة قوية جداً وذلك نظراً لجواز العمل بالقرائن في مجال الإثبات، فيجوز العمل بالبصمة الوراثية بوصفها نوعاً من القرائن القوية جداً التي تزيد قوة عن القيافة . . . فتكون البصمة الوراثية من باب أولى مثبتة للنسب أو نافية، ويرى تقديمها على الشهادة. أما رمسيس بهنام⁽⁴⁾ فقد أطلق على البصمة تسميتها بفردية الحمض النووي.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول لرأيهم بالكتاب، ونتائج البصمة العملي:

أولاً أدلة الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال: أن قوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾ هو أمر من الله

(1) محمد أبو الوفا: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، 727/2، بحث ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.

(2) د. ناصر الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، ص: 613 بحث ضمن مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون.

(3) د. محمد رأفت عثمان: البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب 575/2، وانظر قضايا فقهية معاصرة: لجنة من أساتذة الفقه المقارن، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص: 82.

(4) رمسيس بهنام: البوليس العلمي أو فن التحقيق، ص: 150، منشأة المعارف-الإسكندرية-1996م.

(5) سورة: الأحزاب، الآية: 5.

بأن ينسب الولد لأبيه الحقيقي (الأب البيولوجي) فهو الصواب والحقيقة، ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ﴾ معناه: أنه تعالى يحث على البحث والتحري عن الأب الحقيقي، والبحث يكون بمختلف الوسائل والقرائن وقد كشف الله سر الوسيلة «البصمة الوراثية» التي يمكن من خلالها لنا نحن البشر التعرف على الأب الحقيقي وتنفيذ ما أمر الله به ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾⁽¹⁾.

2- قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَأَهْدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّعِينُونَ﴾⁽²⁾.

وجه الاستدلال: إن ما تقدمه تقنية البصمة الوراثية من دقة في كشف الحقيقة ومعرفة الأب الحقيقي في نزاع النسب يفوق بدرجات كبيرة الوسائل التقليدية الظنية، وقد قال الشاطبي⁽³⁾: القطع يُقدّم على الظن⁽⁴⁾ فكيف لنا أن لا نأخذ بهذه الحقيقة ونكتم ما أظهره الله من الحق⁽⁵⁾.

ثانياً: الدليل من نتائج التحاليل:

إن قوة الدليل في هذه التحاليل تصل إلى نسب قطعية في النفي أو الإثبات للبنوة والنسب، وإن هذه التطورات التقنية الحديثة في مجال الفحوص المخبرية تقطع الشك باليقين في كثير من الحالات، والخطأ فيها أصبح نادراً، وتصل نسبة النجاح فيها إلى 100٪ بدليل أن المحاكم الأوروبية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية ليس على أنها دليل وإنما هي قرينة نفي وإثبات، فما المانع من الأخذ بها خاصة وأن فيها مزيداً من الضمانات للمتهمين، وتقليل السلطة التقديرية في يد القضاء.

(1) عبد القادر الحياط: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، 4/1516، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، والمراد بالأب الحقيقي هو الأب الذي ثبتت أبوته شرعاً ولا عبرة بما يسمى بالأب البيولوجي، لأنه قد يكون من زنا ولا يثبت به نسباً. سورة: البقرة، الآية: 159.

(2) إبراهيم بن موسى الغرناطي: الفقيه الأصولي المفسر، من أئمة المالكية، له الموافقات والاعتصام وغيرها، وانظر: الزركلي: الأعلام، 1/75.

(3) الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة 1/221، وما بعدها.

(4) سعد الدين الهلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص: 273.

المطلب الثالث: الاعتراضات والمناقشة:

اعتراضات أصحاب القول الثاني على أدلة أصحاب القول الأول مع المناقشة:

الاعتراض الأول: على وجه الاستدلال بالآية ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾: قالوا: بأنه لو فتح باب إثبات النسب عن طريق الجينات أو تحليل الحمض النووي لفتح باب شر عريض حيث سيقدم كل إنسان على اتهام زوجته وطلب إثبات هذا الولد بالتحاليل الحمضية، ومثل هذا ينقر الزوجة ويهد من كيانها، ويؤدي إلى فساد العلاقات الزوجية وتفكك الأسر⁽¹⁾.

يمكن الرد على هذا الاعتراض بسهولة ويسر وهو أن تحليل الحمض النووي له شروط أقرتها المجامع الفقهية، وهذا التحليل ممنوع عند ثبوت النسب، ولكنه يُعمل به عند الوصول إلى تفكك الأسرة والظن القاطع من الزوج، أو الاشتباه الأكيد بزوجه، وهذا التحليل من شأنه أن يعيد للأسرة استقرارها إذا ما ثبت عكس ظن الرجل، أو أن يحقق مصلحة راجحة وهي عدم انتساب ابن غير شرعي لهذا الزوج، وبهذا لا يفتح التحليل باب شر عريض لأن حالاته محصورة قصراً، ولا تكون إلا بشروط دقيقة.

الاعتراض الثاني: على وجه الاستدلال في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ﴾ بقولهم: بأن مسألة النسب من المسائل التي اعتبرها الشارع الحكيم ولم يجعل لها سوى طريق الفراش أو الاستلحاق إذا أمكن ذلك ولم تعارضه بينة أخرى أقوى منه⁽²⁾ ويمكن الرد بأن الفراش بينة قوية، وحقيقة الفراش سرية لا يطلع عليها سوى الزوج والزوجة، ونحن إذ نطلع بهذه البصمة على حقيقة الفراش - أي الجماع - فإذا تأكد فهو تأكيد لهذه البينة، والعكس يكون توضيحاً لعدم وجود الفراش الحقيقي وهو الزوجية الشرعية.

(1) جريدة الخليج، الشارقة، ص: 10، العدد رقم 8688.

(2) جريدة الخليج: المصدر السابق العددان رقم 8690 - 8688.

الاعتراض الثالث: على نتائج التحاليل وفيه فرعان:

الفرع الأول: أن النظريات العلمية الحديثة من طبية أو غيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بالصحة في نظر المختصين، إلا أنها تظل محل شك ونظر لما علم بالاستقراء للوقوع أن بعض النظريات العلمية من طب وغيره يظهر مع التقدم العلمي التي كان الأطباء يجزمون بصحتها وقطعيتها ثم أصبحت ضرباً من الخيال، وفضلاً عن إحلال تلك النظريات على الأدلة الشرعية الثابتة، وهو ما يفرض عدم الاندفاع بالأخذ بالنظرية العلمية كأدلة ثابتة توازي الأدلة الشرعية⁽¹⁾، ويُرد على هذا بأن أغلب النظريات العلمية والطبية تؤكد صحتها بالاستقراء للوقوع نفسه الذي أسقط بعض النظريات، فإن هذا الدليل يتطرق إليه الاحتمال، (وما تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال)⁽²⁾، والاعتقاد بأن إحلال هذه النظريات مكان الأدلة الشرعية هو ضرب من التفريط بل إن هذه النظريات هي نفسها البيانات التي أكد ابن القيم أنها توضح الحق وتبينه.

الفرع الثاني: إن نتائج الدنا تفيد احتمال نسبة 999995، 99 بأن البقع البيولوجية موضع التحليل، أو أن احتمال الأبوة هو أكثر من عشرة ملايين ونصف المرة من أن يكون الأب أي رجل آخر بطريق الصدفة من مجمل السكان، فينبغي أن الإثبات بواسطة ال د. ن. أ. يشكل قرينة واقعية بسيطة لا تتمتع بقوة ثبوتية أعلى وأقوى من القوى الثبوتية التي يتمتع بها سائر وسائل الإثبات الأخرى⁽³⁾.

ويمكن الرد بأن الأب يمكن أن يكون أي رجل آخر نادر بطريق الصدفة من مجمل السكان، فالرقم الذي وضعه يؤكد بأن خلافه - أي رجل آخر - نادر، (والنادر لا حكم له)⁽⁴⁾ في الشريعة فلا يمكن أن تُسقط دليلاً قوياً كهذا من أجل افتراض لا يحصل إلا نادراً بل أشد ندرة.

(1) د. عمر السبيل: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، ص: 27.

(2) مجلة الأحكام العدلية ص: 16، المادة 73، بلفظ: لا حجة مع الاحتمال الناتج عن دليل.

(3) القاضي وليد عاكوم: البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات 542/2.

(4) مجلة الأحكام العدلية ص: 14، المادة 42.

المطلب الرابع: المناقشات:

أدلة القول الثاني ومناقشتها:

أولاً:

إن البصمة الوراثية ليست دليلاً شرعياً، وأن الفقهاء أقروا بأن الإثبات بتحليل الدم في قضايا إثبات البنوة أو النسب ليس من الأدلة الشرعية، وإنَّ الأدلة الشرعية هي الإقرار والشهود، والزوجية القائمة بين الزوجين إنما يمكن الاستفادة من تحليل الدم في نفي البنوة وليس إثباتها⁽¹⁾.

ويُمكن الرد على أن البصمة الوراثية إذا ثبت أنها قرينة قاطعة فإنها تدخل في الأدلة الشرعية التي للقرائن فيها حظ وافر، وقد سقت أدلة القرائن من القرآن والسنة والمأثور ومن أقوال الفقهاء، وكلها تؤكد أن القرائن معتبرة من الأدلة الشرعية فكيف إذا تبين قطع البصمة الوراثية فلا مفر من اعتبارها دليلاً معتبراً يُبين الحق ويظهره.

والدليل على أن القرائن من الأدلة الشرعية:

قوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَكُمَّ بِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾⁽²⁾ فقد أقام الله القرائن مقام الأدلة حيث إن أهل الصحراء كانوا يستدلون بالنجوم على القبلة وكانت هذه القرائن أدلة شرعية في حقهم.

ثانياً:

إن كلمة الاستبعاد أو عدم الاستبعاد إما تكون ممكنة أو راجحة أو يقينية، وترجيح نتيجة المختبر الجنائي بأنه لا يستبعد بأن يكون هذا الأب فإنه في المقابل يستبعد، ولذلك لا يؤخذ بنتيجة التحليل البيولوجي⁽³⁾.

(1) جريدة الخليج، المصدر السابق، عدد رقم 8690-8688، بتاريخ الاثنين 30 ذي الحجة 1423هـ الموافق له 3 مارس 2003م.

(2) سورة: النحل، الآية: 16.

(3) جريدة الخليج، المصدر السابق، العديدين المذكورين.

ويمكن الرد: بأن لفظ يستبعد أو لا يستبعد هو لفظ متعارف عليه عند إجراء الفحوصات، وهو لفظ طبي صرف، أما ما يعيننا من هذه التحاليل مدى وصولها إلى اليقين وقد ثبت ذلك على لسان أهلها، فلا ينظر إلى المباني بل ينظر إلى المعاني.

ثالثاً:

إن رفض تحاليل الحمض النووي في قضايا النسب يأتي بأنه غير معترف به شرعاً إضافة إلى أن القائمين على التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين⁽¹⁾. ويمكن الرد: بأن الشرع اعتبر كل وسيلة توصل إلى الحقيقة والبصمة من هذه الوسائل التي تجزم بالحقيقة، والقول بأنها لا تصل إلى درجة اليقين فإن هذا الاحتمال موجود في جميع وسائل الإثبات، فيمكن أن يكذب الشهود أو أن يكون الإقرار عن طريق الإكراه أو تزوير المرأة نسب زوجها عن طريق الزنى، فهذه الاحتمالات واردة في جميع الأدلة الشرعية فلذلك لا تسقط العمل بالبصمة لمجرد شبهة شك ظنية. ولكن الأمارات الشرعية لا يطلب منها أكثر من غلبة الظن لبناء الأحكام عليها.

رابعاً:

إن فحوصات البصمة الوراثية أو تحاليل الدم قضايا مختلف فيها، ونحن عندنا ثوابت لا يمكن أن نهملها خاصة في قضايا العرض، لأنها لا تتعلق برجل أو امرأة إنما بعائلات وعشائر، وتبقى هذه التحاليل عوامل مساعدة تفيد في حالة وجود خصومة بين رجلين على طفل⁽²⁾.

ويعترض على هذا بأن تحاليل الدم قد أخذت بنتائجها معظم الدول المتقدمة علمياً وطبياً لما ثبت قوتها، وعندنا قد أخذ كثير من الفقهاء بذلك، حتى الفريق الذي أسقطها من حق القطع قال: بإنها أدلة ظنية، منهم من قال: إنها شبه قطعية أو قرينة قوية جداً، ولأن كثيراً من الأدلة الشرعية كالْبصمة

(1) جريدة الخليج، المصدر السابق، العديدين المذكورين، 8690 - 8688.

(2) المصدر السابق.

الوراثية توصل إلى الحقيقة فلتكن من ضمن الأدلة فإذا ثبتت قطعيتها على لسان أهل الاختصاص فلا تعويل على مسألة الاختلاف.

أما إنها تتعلق بعائلات وعشائر فإن هذه العائلات والعشائر لا ترفض تبيان حقيقة النسب ورفض التزوير فيه، كيف لا وهي لا تقبل أن يدعي أب ابن ليس منه.

المطلب الخامس: الترجيح بين الفقهاء:

بعد استعراض أدلة كل من الفريقين وبعد مناقشة الاعتراضات يتبين قوة أدلة أصحاب الرأي الأول بأن البصمة الوراثية قرينة قوية جداً تقرب إلى القطع فتشكل شبهة دليل، ولذلك تدخل ضمن القرائن التي يعتمد عليها الفقهاء، كما ثبت ذلك⁽¹⁾.

(1) انظر على سبيل المثال: ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 189، والمجلة العدلية المادة 1741.

المبحث الثالث

أثر البصمة الوراثية على القسامة

عند حدوث جريمة ولم يكن ثمة شهود، أو إقرار أو أي بيّنة توضح الحقيقة، يلجأ الفقهاء إلى القسامة لحل المشكلة، فهل تؤثر البصمة الوراثية اليوم على القسامة والحل محلها عند حدوث الجرائم.

المطلب الأول : تعريف القسامة واللوث:

تعريف القسامة لغة:

مصدر أقسم قسماً وقسامة، وهي الأيمان تُقسم على أولياء القتل إذا ادعوا الدم، وتطلق أيضاً على الهدنة والحسن والجمال، تقول: قسم الشيء قسماً، أي جزأه، وجعله نصفين بين القوم فأعطى كلاً نصيبه، وتقول: قسّم الوجه قسامةً وقساماً، أي حسن فهو قسيم، وتقول: أقسم أي حلف⁽¹⁾.

القسامة في الاصطلاح الشرعي:

هي اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص، وعلى شخص مخصوص، وهو المدعى عليه على وجه مخصوص⁽²⁾، أو هي الأيمان تُقسم على أولياء القتل إذا ادعوا الدم، أو على المدعى عليهم الدم⁽³⁾.

- (1) ابن منظور : لسان العرب 12/481-482، الفيومي، أحمد بن محمد : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي 2/503، د. ت .
- (2) الكاساني : بدائع الصنائع 7/286 .
- (3) الصنعاني : سبل السلام، ص : 744.

تعريف اللوث لغة :

بمعنى القوة والشر والضعف، فهي من أسماء الأضداد، يُقال : لاث العمامة على رأسه لوثاً، لَقَّها وعَصَبها، ولوَّث الشيء بالشيء : خلطه به، والثاث بردائه : التفّ به، والثاث عليه الأمر، اختلط والتبس، وتلوَّث ثوبه : تلطخ به .

واللوث : شبهة الدلالة على ما حدث من الأحداث ولا يكون بيّنة تامة، يُقال : لم يَقم على اتهام فلان بالجناية إلا لوث⁽¹⁾ .

اللوث في اصطلاح الفقهاء:

هو أمر ينشأ عنه غلبة الظن بصدق المدعي، أو هو قرينة تثير الظن، وتدفع في القلب صدق المدعي، أو أن يكون عداوة ظاهرة، كعلامة القتل في واحد بعينه⁽²⁾ .

المطلب الثاني :حكم العمل بالقسامة:

اختلف الفقهاء في حكم العمل بالقسامة عند اللوث - التهمة - على مذهبين :

المذهب الأول: قالوا بوجوب الحكم بها على الجملة، وهو قول جمهور الفقهاء، المذاهب الأربعة، والظاهرية، وأنه يثبت بها القصاص أو الدية - على خلاف - إذا لم تقترن الدعوى بيّنة أو إقرار ووجد اللوث⁽³⁾ .

المذهب الثاني: قالوا بعدم جواز الحكم بها، وهو رأي ثلثة من أهل

(1) ابن منظور : لسان العرب 2/186.

(2) النفراوي، أحمد بن غنيم : الفواكه الدواني على رسالة أبو زيد القيرواني 2/194، النووي : روضة الطالبين 10/10، الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 7/286.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع 7/286، ابن رشد : بداية المجتهد 2/30، الشيرازي : المهذب 2/318، 319، النووي : روضة الطالبين 9/10، 10، الشربيني : مغني المحتاج 4/111، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير 2/10، محمد بن مفلح : الفروع 6/48، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الرابعة، 1405هـ - 1985م.

العلم، منهم سالم بن عبد الله⁽¹⁾، وأبو قلابة⁽²⁾، وعمر بن عبد العزيز⁽³⁾ في رواية، وإبراهيم بن عليّة⁽⁴⁾، وسليمان بن يسار⁽⁵⁾، وقتادة⁽⁶⁾، ومسلم بن خالد⁽⁷⁾، والبخاري⁽⁸⁾، وغيرهم⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾.

- (1) ابن عمر بن الخطاب، القرشي العدوي، أحد فقهاء المدينة السبعة، من سادات التابعين وعلمائهم وثقاتهم، أجلسه سليمان بن عبد الملك على سريرته إكراماً له، توفي في المدينة سنة 106هـ، الزركلي: الأعلام 3/71.
- (2) هو عبد الملك بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الملك الرقاشي، أبو محمد، أبو قلابة المصري الضرير، الحافظ، نزيل بغداد، ابن حجر: لسان الميزان 7/293، الأعلمي-بيروت، الطبعة الثالثة، 1406هـ-1986م.
- (3) الخليفة الصالح والملك العادل، ولد سنة 61هـ بالمدينة ونشأ بها، ثم ولي إمارتها للوليد، ثم استوزره سليمان بالشام، وولي بعهد من سليمان سنة 99هـ، فمنع سب علي، مدة خلافته سنتان ونصف، دُس له السم فمات سنة 101هـ، الزركلي: الأعلام 5/50.
- (4) إبراهيم بن إسماعيل بن عليّة، جهمي هالك، كان يقول بخلق القرآن، له مصنفات في الفقه شبه الجدل، قال الشافعي: هو ضال، له كتاب في الرد على مالك، مات سنة 218هـ، ابن حجر: لسان الميزان 1/34، 35.
- (5) أبو أيوب، مولى ميمونة أم ميمونة، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، ولد سنة 34هـ في خلافة عثمان، وكان أبوه فارسياً، ثقة، عالم، فقيه، كثير الحديث، كان سعيد بن المسيب يقول عنه: أعلم من بقي اليوم، توفي سنة 107هـ، الزركلي: الأعلام 3/138.
- (6) قتادة بن دعامة، أبو الخطاب السدوسي البصري، ولد سنة 61هـ، مفسر، حافظ، ضرير، قال الإمام أحمد: قتادة أحفظ أهل البصرة، كان عالماً بالحديث، رأساً في العربية، كان يرى القدر ويدلس في الحديث، مات بواسطة في الطاعون سنة 118هـ، الزركلي: الأعلام 5/189.
- (7) مسلم بن سعيد القرشي المخزومي، المعروف بالزنجي، تابعي من كبار الفقهاء، كان إمام أهل مكة، به تفقه الإمام الشافعي قبل أن يلقى مالكا، وهو الذي أذن للشافعي في الإفتاء، ومع ذلك هو عند أهل الحديث ضعيف لا يُحتج به، توفي سنة 179هـ، الزركلي: الأعلام 7/222.
- (8) محمد بن إسماعيل، حبر الإسلام، ولد في بخارى سنة 194هـ، ونشأ يتيماً، طلب الحديث وسافر سنة 210هـ، وسمع من ألف شيخ، وجمع نحو من ست مئة ألف حديث، صاحب الجامع الصحيح، والتاريخ والضعفاء، وغيرها كثير، رُمي بالتهم ومات سنة 256هـ، الزركلي: الأعلام 6/34، ابن العماد: شذرات الذهب 2/134 - 136.
- (9) كالحكم بن عيينة، والناصر.
- (10) النووي: شرح مسلم 11/134، ابن رشد: بداية المجتهد 2/430، ابن حجر: فتح الباري 12/235، دار المعرفة، بيروت، د.ت. الصنعاني: سبل السلام، ص: 744، عبد الرزاق: المصنف 10/36-39.

أدلة المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء على وجوب العمل بالقسامة بالسنة والمعقول:

دليل السنة:

خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحبيصة بن مسعود بن زيد، حتى إذا كانا بخيبر تفرقا ببعض ما هنالك، ثم إذا محبيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلاً، فدفنه، ثم أقبل إلى رسول الله ﷺ هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل - وكان أصغر القوم - فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه، فقال له رسول الله ﷺ: «كبر» - الكبر في السن - فصمت، فتكلم صاحبه، وتكلم معهما، فذكروا لرسول الله ﷺ مقتل عبد الله بن سهل، فقال لهم: «أتحلفون خمسين يميناً فتستحقون صاحبكم؟» - أو قاتلكم - قالوا: وكيف نحلف ولم نشهد؟ قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يميناً؟» قالوا: وكيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فلما رأى ذلك رسول الله ﷺ أعطى عقله⁽¹⁾.

وفي هذا الحديث إثبات القسامة وهو أصل كبير عند القائلين بها⁽²⁾.

دليل المعقول:

أن في القسامة تخفيفاً من إهراق الدم، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه، كانت القسامة قطعاً للنزاع، وإصلاح ذات البين، وحقناً لدماء المسلمين⁽³⁾.

أدلة النافين لوجوب الحكم بالقسامة:

استدل النافون لوجوب الحكم بالقسامة بالأثر وبالمعقول:

(1) مسلم: الصحيح، في القسامة والمحاربيين والقصاص والديات، باب القسامة، ص: 657، رقم الحديث (1669)، فتح الباري: الصحيح، في الجزية والموادعة، باب الموادعة والمصالحة، 1498/2، رقم الحديث (3173).

(2) انظر: النووي على شرح مسلم 150/11، الصنعاني: سبل السلام، ص: 745.

(3) النووي: المصدر السابق 150-147/11، ابن رشد: بداية المجتهد 431/2.

دليل المأثور:

عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سيره يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال: ما تقولون في القسامة؟ فأضرب القوم وقالوا: نقول إن القسامة القود بها حق، قد أفاد بها الخلفاء، فقال: ما تقول يا أبا قلابة ونصّبني للناس، فقلت: يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب ورؤساء الأجناد، أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه؟ قال: لا، قلت: أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه؟ قال: لا، وفي بعض الروايات: قلت: فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم؟ قال: فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة إنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلاناً قتله فاقده، ولا يقتل بشهادة الخمسين إذا أقسموا⁽¹⁾.

أدلتهم من المعقول:

1- أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها، ومنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً، وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل، بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر⁽²⁾.

2- ومن الأصول أيضاً: أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء، ومنها أن الأصول: أن البيّنة على من ادّعى واليمين على من أنكر⁽³⁾.

3- ومن حجّتهم: أنهم لم يرووا في تلك الأحاديث - التي استدل بها الجمهور - أن رسول الله ﷺ حكم بالقسامة، إنما كان حكماً جاهلياً فتلطف لهم رسول الله ﷺ ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام،

(1) ابن رشد: بداية المجتهد 2/431، عبد الرزاق: المصنف 10/36-39، الصنعاني: سبل السلام 744.

(2) ابن رشد: بداية المجتهد 2/430.

(3) ابن رشد: المصدر السابق 2/431.

ولذلك قال لهم: «أتحلفون خمسين يمينا»⁽¹⁾؟.

4 - إذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة، والتأويل يتطرق إليها، فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى⁽²⁾.

المطلب الثالث: مناقشة أدلة المانعين والترجيح:

استند النافون لوجوب العمل بالقسامة: بأنها مخالفة للأصول، ويمكن الرد عليهم من وجوه:

1 - إن القسامة سُنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول، كسائر السُنن المُخصصة، وذلك حياطة للدماء⁽³⁾.

2 - توجيه النبي ﷺ اليمين إلى المدعين، ثم عدوله بها إلى المُدعى عليهم، ثم توجيهه إلى إعطاء الدية من عنده لما اعترض المُدعون على أيمان اليهود، كل ذلك من سُنن القسامة وكيفيتها وأحكامها، وهذه قواعد عامة ولا دلالة على إنكار العمل بها.

الترجيح:

نظراً لقوة أدلة الجمهور واستدلّالهم بالسنة الصحيحة، وتهاوي أدلة النافين للعمل بالقسامة، يترجح رأي الجمهور، والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: كيفية العمل بالقسامة :

انقسم القائلون بوجوب العمل بالقسامة في كيفيتها إلى فريقين:

الفريق الأول: قالوا: يبدأ المُدعون بحلف خمسين يمينا، فإن امتنعوا انتقلت الأيمان إلى المُدعى عليهم⁽⁴⁾ وإليه ذهب جمهور الفقهاء.

(1) ابن رشد : بداية المجتهد 431/2.

(2) ابن رشد : المصدر السابق 431/2.

(3) ابن رشد : المصدر السابق 431/2، الصنعاني: سبل السلام، ص: 744.

(4) المصدرين السابقين .

الفريق الثاني: قالوا يبدأ المُدعى عليهم بالحلف أولاً، فإن حلفوا برثوا، وانتهت الخصومة، وإن نكلوا عن اليمين حسبوا حتى يقسموا، وإليه ذهب الحنفية، والشعبي، والثوري، والنخعي، والهادوية⁽¹⁾.

دليل الفريق الأول:

قول النبي ﷺ في الحديث السالف الذكر، حيث قال للمدعين: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟» فلما قالوا: لا، قال: «فتحلف لكم يهود»⁽²⁾.

وجه الدلالة: ظاهر بأن البدء بالحلف بالمدعين، فإن رفضوا فبالمدعى عليهم.

أدلة الفريق الثاني:

1- رواية البخاري: التي قال فيها رسول الله ﷺ للمدعين: «تأتون بالبينة على من قتله» قالوا: ما لنا ببينة، قال: «فيحلفون لكم» قالوا: ما نرضى بأيمان يهود، وكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فوداه بمائة بغير من إبل الصدقة⁽³⁾.

وهذا نص في أنه لا يستوجب بالأيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط⁽⁴⁾.

2- رواية أبي داود: أن رسول الله ﷺ قال لليهود وبدأ بهم: «أيحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يميناً؟» فأبوا فقال للأنصار: احلفوا، فقالوا: أنحلف على الغيب يا رسول الله!⁽⁵⁾.

(1) ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري 12/236، 237.

(2) الحديث تخريجه، ص: 114.

(3) البخاري: الصحيح في الديات، باب القسامة، 3/1250، رقم الحديث (6898).

(4) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2/433.

(5) أبو داود: السنن، في الديات، باب من ترك القود بالقسامة، ص: 687، رقم الحديث (4526).

3- قضاء عمر: أن عمراً ﷺ قضى على المدعى عليهم باليمين والدية⁽¹⁾.

الترجيح :

رواية مسلم التي استدلت بها الجمهور تُفصّل القول في مسألة القسامة، أما رواية البخاري وأبي داود ففيهما اختصار، فوجب العمل بالزيادات التي في مسلم، وعلى هذا يترجح قول الجمهور لأنه عمل بالرواية في جميع تفصيلاتها، والله أعلم.

المطلب الخامس: أثر القسامة: الدية أم القصاص؟

اختلف العلماء على الأثر المترتب في العمل بالقسامة في القتل العمد على ثلاثة أقوال:

المذهب الأول: يرى وجوب الدم (القصاص) وإليه ذهب مالك وأحمد، والشافعية في القديم، وهو قول عند الحنفية⁽²⁾.

المذهب الثاني: يرى سقوط القصاص ووجوب الدية، وهو رأي الحنفية، وبه قال الشافعية في الجديد، وروي عن أبي بكر وعمر⁽³⁾.

المذهب الثالث: يرى استحقاق دفع الدعوى فقط، أي الأيمان الخمسين، قاله بعض الكوفيين⁽⁴⁾.

أدلة المذهب الأول:

1 - الحديث: رواية ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنمة: قال رسول الله ﷺ: «أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم»⁽⁵⁾.

(1) ابن رشد: بداية المجتهد 433/2.

(2) ابن رشد: المصدر السابق 432/2، ابن قدامة: المغني 21/10 - 22.

(3) السرخسي: المبسوط 111/26، الشافعية: الأم 96/6، 97.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد 358/2، دار الفكر - بيروت -، عن النسخة المولوية، د.ت.

(5) النسائي: السنن في القسامة، باب تبرئة أهل الدم في القسامة، ص: 676، رقم الحديث (4712).

2- ما رواه من مرسل بشير بن يسار، وفيه قال رسول الله ﷺ: «أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم»⁽¹⁾.

وجه الدلالة: ظاهر أن استحقاق الدم هو القصاص بعد الأيمان.

أدلة المذهب الثاني:

1 - ضعف دليل القسامة، واستدلوا برواية عمر بن عبد العزيز عند ما طلب شاهدين للقصاص⁽²⁾.

2 - القصاص يسقط بالشبهة.

دليل المذهب الثالث:

عمدة استدلالهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه⁽³⁾.

المطلب السادس: المناقشة والترجيح:

1 - رواية مالك ابن أبي ليلى التي استدلت بها أصحاب المذهب الأول ضعيفة، لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك، وقيل فيه أيضاً أنه لم يسمع من سهل.

2 - حديث بشير ابن يسار اختلف في إسناده فأرسله مالك، وأسنده غيره، قال القاضي: يشبه أن تكون هذه العلة هي السبب في أنه لم يخرج البخاري هذين الحديثين.

3 - اعتضد قول القائلين بالدية فقط، فيما روي عن عمر ؓ أنه قال: لا قود في القسامة⁽⁴⁾.

(1) النسائي: السنن، في القسامة، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل فيه، ص: 677، رقم الحديث (4716).

(2) سبق ترجمه ص: 111.

(3) ابن رشد: بداية المجتهد 2/432.

(4) ابن رشد: المصدر السابق 2/432.

4- أن الأيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الأموال في الشرع، مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين والشاهد⁽¹⁾.

الترجيح:

تبين مما سبق أن القسامة وجدت لحقن الدماء، ودليل القسامة كله يقوم مقام الشبهة، فيسقط القصاص بالشبهة، وتبقى الدية، وبذلك يترجح مذهب الحنفية، وقول الشافعي في الجديد.

المطلب السابع: السبب الموجب للقسامة:

أجمع جمهور العلماء القائلون بالقسامة أنها لا تجب إلا بشبهة، ولكن اختلفوا في معنى الشبهة على أقوال⁽²⁾:

1- قول أبي حنيفة: إذا وجد القتيل في محلة قوم وبه أثر، وجبت القسامة على أهل المحلة.

2- قول مالك: إذا قال المقتول قبل موته: فلان قتلني، فذاك اللوث الذي تجب به القسامة.

3- قول الشافعي: إذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله ﷺ بالقسامة، وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم فيه غيرهم، وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة، كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود، وكذلك لو وجد في ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مخضب بالدم، ويده حديدة مدماة.

4- قول الظاهرية: تجب القسامة متى وجد قتيل لا يُعرف من قتله وإنما وجد.

(1) ابن رشد: بداية المجتهد 432/2.

(2) ابن رشد: المصدر السابق 434/2.

المطلب الثامن: القسامة ودور البصمة الوراثية:

يمكن أن تقوم البصمة الوراثية بدور مهم في فضح المجرمين، والتعرّف عليهم، «ويُعتبر تحليل ال d.n.a. - البصمة الوراثية - وسيلة فعّالة في مجال البحث عن الحقيقة، من حيث إثبات الجريمة أو نفيها بدقة تامة، حيث توجد في كل خلية في جسم الإنسان بطاقة لا يمكن تزويرها، فيمكن مقارنة منطقة الحامض النووي الذي يُعثر عليه في مكان وقوع الجريمة بمنطقة الحامض النووي للمادة أو الخلية المأخوذة من المتهم، ووجود منطقتين متطابقتين يُعتبر دليلاً شبه قطعي على أن الخلية هي لنفس الشخص، فيما عدا توأم أحادي البويضة، حيث لا يُمكن الجزم بذلك⁽¹⁾.

ومن الأوجه التي يُمكن أن تُرجح استعمال البصمة الوراثية كقرينة قوية جداً - إن لم تكن قرينة قاطعة - في مجال اكتشاف المجرم، وبالتالي التخفيف من العمل بالقسامة، ولكن يبقى العمل بها عند اليأس من وجود الأدلة والقرائن التي يُمكن أن تدل على المجرم، وهذا أمر نادر، وتستطيع البصمة - بعد مقارنة التحاليل - التأثير على اعتراف المجرم وسوقه إلى القضاء.

وهذه بعض الأوجه التي يمكن من خلالها تنزيل البصمة الوراثية في مجال كشف الجرائم والمجرمين:

1- البصمة الوراثية في علم الجريمة تُعدّ قرينة قوية، - إن لم تكن قرينة قاطعة - والشريعة الإسلامية تعتبر القرائن في مؤاخذة الجناة، وتُلزم ولاة الأمور باستبراء التهم والكشف عن المجرمين الحقيقيين، فكان حتماً عليهم الاستعانة بهذا الكشف العلمي المعجز⁽²⁾.

2- إن التوجه إلى القسامة يكون عند عدم وجود الأدلة الكافية على إدانة المتهمين، فحفظاً للدماء يُعمد إلى القسامة، أما وقد وجدت البصمة الوراثية التي تستطيع أن تستخلص من مكان الجريمة آثاراً للقاتل أو المعتصب، من جلده، أو من منيته، أو من أي أثر يمكن أن يخلفه، لي مطابق

(1) الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، ص: 62.

(2) الهلالي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، ص: 182.

مع الحمض النووي للمشتبه به، وبذلك يمكن أن يشير إشارة قوية إلى القاتل .
3- قد نتوصل إلى الدليل القاطع باعتراف المشتبه به بعد عرض نتيجة فحص d.n.a. - عليه، وبذلك يمكن الوصول إلى القاتل باعتراه، وبعد قرينة قوية جداً هي البصمة الوراثية .

إذن فالبصمة الوراثية تؤثر في الفقه الإسلامي في حلها مكان القسامة، إلا في الحالات النادرة التي لا يوجد فيها أي أثر في مسرح الجريمة، أو أن يؤدي العمل بالبصمة إلى مفسد كبيرة يمكن تلافيها بالعمل بالقسامة، وتبقى البصمة دليلاً قوياً يمكن أن يؤدي إلى معرفة القاتل الحقيقي .

وقد أفتى فقهاء مجمع الفقه الإسلامي بأنه لا مانع شرعي من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»، وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد من مقاصد الشريعة⁽¹⁾.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، السنة الثالثة عشرة، ص: 479، 1423هـ - 2002م.

المبحث الرابع

أثر البصمة الوراثية على طرق إثبات هوية المفقودين والمشوهين والجثث ومجرمي الإغتصاب

أولاً: أثر البصمة على طرق معرفة المفقودين:

المطلب الأول: تعريف المفقود لغة واصطلاحاً:

تعريف المفقود لغة:

المفقود لغة: هو الضائع أو المعدوم، من فقد الشيء يفقده فقداً أو فقداناً أو فقوداً، أي ضاع منه، وتقول فُقد المال ونحوه، أي عدمه، ويقال: فقدته إذا أضلته أو طلبته، وكلاهما متحقق، فإنه قد أضله أهله وهم في طلبه⁽¹⁾.

المفقود عند الفقهاء:

1 - هو في المذهب الحنفي: غائب لم يُدر أثره، حيٌّ في حق نفسه ميت في حق غيره⁽²⁾.

2 - وهو عند المالكية: الغائب في بلاد الإسلام ولم يعلم له موضع في

(1) ابن منظور: لسان العرب 3/337، إبراهيم أنيس وآخرون: المعجم الوسيط 2/696، د. ت، الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص: 392، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1406هـ-1986م.

(2) الملا علي القاري: فتح باب العناية بشرح النقاية 3/103، الكاساني: بدائع الصنائع 6/196.

غير مجاعة ولا وباء أو من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه⁽¹⁾.

3 - وهو عند الشافعية: من انقطع خبره⁽²⁾.

4 - وعرفه الحنابلة: بأنه الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام أو من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة⁽³⁾.

المطلب الثاني: حكم المفقود:

اختلف الفقهاء في حكم المفقود من حيث حياته أو موته، ويترتب على اختلافهم أحكام كثيرة، منها التصرف في أمواله وزواج فاقدته، وغير ذلك من الأحكام، وقد انقسم الفقهاء في حكمه إلى مذهبين:

المذهب الأول: يرى أن المفقود في حكم الأحياء ولا يحكم بموته إلى أن يمضي من عمره مدة لا يعيش إلى مثلها غالباً، وإلى هذا القول ذهب الحنفية، والشافعي في الجديد ورواية عند الحنابلة، وهو مذهب مالك في شأن أمواله خاصة، وإليه ذهب الظاهرية.

واختلف أصحاب هذا المذهب في تقدير المدة المضروبة فقول سبعون سنة وقيل: ثمانون وقيل: تسعون، وقيل: مائة، وقيل: مائة وعشرون، وقيل: يفوض إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف الأشخاص⁽⁴⁾.

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.

(1) أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك 1/468، دار الفكر، بيروت، د. ت، وبهامشه الشرح الصغير لأحمد الدردير، حاشية العدوي: على كفاية الطالب الرباني: 2/86، دار المعرفة، بيروت د. ت.

(2) الشيرازي: المهذب 2/146.

(3) محمد بن مفلح: الفروع 5/35.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع 6/196، 197، حاشية العدوي 2/88، ابن مفلح: الفروع 5/35، التنوخي: المتمتع في شرح المقنع 4/396.

وإليه ذهب الشافعية في القديم، ورواية عند الحنابلة، وبه قال مالك في شأن المفقود لا أمواله⁽¹⁾.

حجة المذهب الأول:

الاستصحاب⁽²⁾، حيث إن الأصل حياة المفقود، والتقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف، ولا توقيف ههنا، فوجب التوقف عنه. ويترتب على هذا المذهب: أن أمواله لا تقسم، ولا تُفسخ إجارته، ولا تطلق زوجته وينصب له القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقه.

حجة المذهب الثاني:

1 - ما روي أن رجلاً استهوته الجن فغاب عن امرأته فاستفتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأمرها أن تمكث أربع سنين ثم أمرها أن تعتد، ثم تتزوج⁽³⁾.
2 - قالوا: ولأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطاء بالعنة وتعذر النفقة بالإعسار، فلأن ههنا وقد تعذر الجمع أولى⁽⁴⁾.

اعتراضات على حجج المذهب الثاني:

1 - اعترض على الأثر المروي عن عمر بأنه معارض بما روي عن علي في زوجة المفقود، قال: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موته أو طلاقه، كما روي رجوع عمر إلى قول علي رضي الله عنه⁽⁵⁾.

- (1) الشيرازي: المهذب 2/ 146، الصاوي: بلغة السالك 1/ 469، ابن مفلح: الفروع 5/ 35، حاشية العدوي 2/ 87.
- (2) الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يظن عدمه، محمد أمين: تيسير التحرير على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحات الحنفية والشافعية 4/ 176، دار الفكر، بيروت، د.ت، ابن نجيم، عمر بن إبراهيم: النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لحافظ الدين النسفي 3/ 293، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ-2002م.
- (3) عبد الرزاق: المصنف 7/ 86، المكتب الإسلامي-بيروت، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، 1403هـ، 1983م.
- (4) الشيرازي: المهذب 2/ 146.
- (5) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق 5/ 276.

- 2 - حديث النبي ﷺ: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر»⁽¹⁾.
- 3 - عدم جواز القياس على فرقة العنة والإعسار بالنفقة لأنه ثبت هناك سبب الفرقة بالتعنين وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت⁽²⁾.

المطلب الثالث: الترجيح:

- الراجع ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، لعدة وجوه منها:
- 1 - حديث امرأة المفقود حتى يأتيها البيان ضعيف.
 - 2 - مقصد الشريعة عدم إلحاق الضرر بالأفراد ومنها الحديث الشريف: «لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁾.
 - وإليه ترجع القاعدة الفقهية: الضرر يزال⁽⁴⁾ فوجب إزالة الضرر عن المرأة زوجة المفقود.
 - 3 - فسخ الزواج لا يثبت فقط بالموت بل بتقصير الزوج في صلته بأولاده وأهله، كما يثبت بتقصيره في النفقة والوطء وهذا قياس سليم.
 - 4 - الصبر أمر يعود إلى قدرة المرأة على الاحتمال وهو منبعث عن التقوى وغيرها، ولكن لا يُبنى عليه حكم شرعي.
 - 5 - في هذا العصر وظل وجود وسائل الاتصالات السلكية واللاسلكية، وما هنالك من وسائل اتصال، لا يمكن الحكم بفقد إنسان عاقل إلا عن سبق إصرار وهذه المدة أربع سنوات تكون كبيرة حتى يتمكن أي إنسان من الاتصال بأهله أو العودة إليهم.

- (1) الدارقطني، علي بن عمر: السنن 3/312، وهو حديث ضعيف قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألت أبي عن هذا الحديث، فقال: حديث منكر، ومحمد بن شريحيل متروك الحديث يروي عن المغيرة بن شعبة مناكير وأباطيل، عمر شمس الحق العظيم آبادي: التعليق المغني على الدارقطني وهو بذيل سنن الدارقطني.
- (2) انظر: الشيرازي: المهذب 1/146.
- (3) ابن ماجه في الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ص: 348، رقم الحديث (2340).
- (4) السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ص: 103، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 1426هـ-2005م.

المطلب الرابع: عودة المفقود وإثبات هويته بالبصمة:

قد يُسجن الإنسان أكثر من عشرين عاماً لا يُدرى مكانه، أو قد يفقد ذاكرته مدة طويلة من الزمن أو تتغير هيئته بعد زمن طويل في حروب وحروق وقد ينتحل فلان شخصيته إبّان فقدته للاستيلاء على زوجته وماله.

تكلم الفقهاء في مثل هذه الحالات، واشتروا لإثبات حياة المفقود بعد عودته شهادة العدول أو غيرها من أدلة الإثبات كالبينة على شرط أن لا يكون ذلك بعد مضي زمن لا يعيش إليه أقرانه، لأن الحياة بعدها نادرة ولا عبرة للنادر⁽¹⁾.

والمرأة ترفع خبر زوجها المفقود إلى الحاكم ليكشف لها عن خبره⁽²⁾، ولو عاد المفقود وكانت امرأته نكحت غيره بعد أربع سنوات ولها ولد فادعاه فإن قال قدمت في أثناء هذه المدة فوطئتها وكان قوله محتملاً، عرض الولد على القائف⁽³⁾.

وهنا تتدخل البصمة الوراثية لتكشف عن نسب ابن المفقود لتحل محل القيافة وتظهر الحق المختلف فيه.

ومن هنا كانت الشريعة الإسلامية حريصة على الإثبات في جميع حالات الحاجة إليه، فكان لا بد من الشهداء أو البينة عند عدم التعرف إلى المفقود، فاليوم باكتشاف البصمة الوراثية التي تجزم يقيناً بأن المفقود العائد هو الزوج بالكشف عليه وعلى أولاده فيعرف من خلال تطابق البصمة الوراثية فلا وجه بعد ذلك لطلب بينة أو شهود من المفقود العائد.

وهذا مما له تأثير مباشر على البينة والشهادة وتركها عند عودة المفقود والتعويل على الحمض النووي، وبذلك تكون البصمة مؤثرة في جوانب غير تعبدية في الفقه الإسلامي.

(1) الكاساني: بدائع الصنائع 6/196، 197.

(2) أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المناسك 1/469.

(3) النووي: روضة الطالبين، ص: 1521، طبعة ابن حزم.

المطلب الخامس: دور البصمة الوراثية في معرفة العبد الآبق:**الآبق لغة:**

هو اسم فاعل من أبق إذا هرب يأتق، والإباق هو الهرب وهو صفة خاصة بالإنسان سواء كان ذلك عبداً أو حراً واشتهر في العبيد⁽¹⁾.

وهو في اصطلاح الفقهاء: 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⁽²⁾.

ومع أن العبد الآبق لا وجود له الآن ولكن يمكن اعتبار هذا المبحث في مسائل الخدم الأجانب المستخدمين من الخارج والذين يسرقون المال ويهربون أو يقتلون الأطفال وقد حصل مثل هذا.

إثبات هوية الآبق:

تتوجه الشريعة إلى التثبيت دائماً، فعند إباق العبد ثم العثور عليه، فإن ادعاه رجل وبرهن حلفه الإمام بالله أنه آبق إلى الآن في ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة، ولو وصف علامته وخليته دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً⁽³⁾.

وقد أعمل الفقهاء التثبيت من هوية العبد إذا رجع، أو وجد، فعند المالكية لا بد لمدعيه من شاهد ويمين.

وعند الشافعية والحنابلة: قال في المغني: وإن وجد صاحب دفعه إليه إذا أقام به البينة أو اعترف العبد⁽⁴⁾.

دور البصمة الوراثية في الإثبات:

يستطيع السيد إثبات هوية عبده الآبق بأي أثر تركه يدل عليه أو وجود أولاد له، من خلال البصمة الوراثية التي تستطيع أن تحل محل الشاهد أو البينة في هذه المسألة.

(1) ابن منظور: لسان العرب 3/10.

(2) ابن الهمام: شرح فتح القدير 4/434، الشريبي: مغني المحتاج 2/13.

(3) ابن نجيم: النهر الفائق 3/286.

(4) حاشية الدسوقي 4/28، الشافعي: الأم 4/67، الشريبي: مغني المحتاج 2/411، ابن قدامة:

المغني والشرح الكبير 6/357.

ثانياً: أثر البصمة الوراثية على معرفة أصحاب الجثث المتفحمة وغيرها:

المطلب الأول: تمهيد:

كان للعلامة المميّزة في الفقه الإسلامي شأن كبير فمن خلال هذه العلامة يتم التعرف إلى هوية صاحب جثة مشوهة، أو ممثل بها، وكذلك فإن العلامة تستعمل في التعرف على شخص ادعى القرابة نسباً أو رضاعاً، والعلامة هذه تستعمل أيضاً في الفقه للترجيح بين مدعيان أنهما أبوان للقيط كما أسلفت الذكر، فمن أعطى علامة معينة في جسم اللقيط حُسم الأمر أن الطفل له بهذه العلامة، إذن فالعلامة المميّزة معتبرة في جوانب كثيرة من الفقه الإسلامي، ومنها أيضاً للتعرف على اللقطة الضائعة.

واليوم قد يتعذر التعرف على هوية أصحاب الجثث، لما يلحق بهذه الجثث من تشويه وتمثيل وتفحم، كما في الحوادث والحرائق وحوادث السيارات والطائرات، كالحريق الذي شب في منى في حج 1417هـ والذي أدى إلى وفاة 338 حاجاً، تم دفن الجثث التي استطاع الأقارب التعرف عليهم وعددهم (152 جثة)، وبقي هناك (186) جثة مجهولة الهوية بسبب ما لحق بهم من تفحم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أدلة العلامات المميزة في الفقه الإسلامي:

1 - استشهاد أنس بن النضر يوم أحد: قال أنس: فوجدنا به بعضاً وثمانين ضربة دون أحد، ووجدناه قد قتل وقد مَثَّل به المشركون فما عرفه أحد إلا أخته بينانه⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن جثة أنس بن النضر لم تُعرف إلا بالعلامة المميزة،

(1) الجندي: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية، ص: 138.

(2) البخاري: الصحيح في الجهاد والسير، باب: قوله تعالى ﴿وَمِنَ الْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ﴾ ص: 518، رقم الحديث (2805)، الترمذي: السنن، في تفسير القرآن عن رسول الله ﷺ، باب: ومن سورة الأحزاب، ص: 889، رقم الحديث (3213).

وهي طرف إصبغه .

2- يوم حنين قبض المسلمون على الشيماء بنت الحارث بن عبد العزى، فادعت أنها أخت الرسول ﷺ بالرضاعة فقال رسول الله ﷺ: «وما علامة ذلك» قالت: عضة عضضتنيها في ظهري وأنا متوركتك، قال فعرف رسول الله ﷺ العلامة فبسط رداءه فأجلسها عليه⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: ظاهر في استعمال العلامة عند عدم معرفة الشخص.

3- اللقيط إذا ادعاه رجلان ووصف أحدهما علامة جسده أنه أولى من الآخر الذي لم يصفه بعلامة⁽²⁾.

وجه الاستدلال: أن العلامة التي وصفها الأول والتي هي في جسد اللقيط، تدل على معرفة به، وبها استطاع التعرف عليه.

قال الحنفية في نفاس السقط: إذا استبان شيء من خلقه فهي نفساء وإلا فلا، وردوا على الشافعي الذي يمتحن السقط بالماء الحار، بأن هذا من باب الطب ليس من الفقه في شيء ولم يقولوا به لذلك، ولكنهم حكموا بالسima والعلامة⁽³⁾.

المطلب الثالث: التقنية الحديثة في معرفة هوية الجثث:

بعد الاكتشاف المذهل البصمة الوراثية d.n.a الذي يمكننا بدقة متناهية من معرفة أصحاب الجثث المشوّهة والأشلاء ومجموعة العظام، ويتم ذلك عن طريق أخذ عينات منها وتحليلها ومعرفة الأنماط الجينية لها، ثم الاستدلال على تلك الجثث من ذويهم بمقارنة الأنماط الجينية للأقارب، وتلك الجثث أو الأشلاء أو أجزاء الجثث أو العظام⁽⁴⁾.

(1) ابن هشام: السيرة النبوية 4/ 458، المكتبة العلمية - بيروت، تحقيق مصطفى السقا، إبراهيم الأبياري، عبد الحفيظ شلبي، د. ت.

(2) ابن نجيم: النهر الفائق شرح كنز الدقائق 3/ 273.

(3) السرخسي: المبسوط 3/ 213.

(4) الجندي: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية، ص: 138.

وهكذا وبهذه التقنية الحديثة استطاع الخبراء التعرف على جثث الحجاج في حريق منى، وعبر البصمة الوراثية استطاع الخبراء التعرف على جثة الطيار السعودي المفقود عام 1991م، بعد إسقاط طائرته خلال حرب الخليج، حيث أفاد فحص الحمض النووي في معامل ومختبرات سويسرية متخصصة بإشراف ومتابعة من الصليب الأحمر الدولي، لعينة من الرفات الصغيرة (18 جرام تقريباً) التي عثر عليها في حقل ألغام بالعراق تعود للطيار السعودي⁽¹⁾.

وبهذه التقنية أيضاً عُرفت رُفاة المقاتلين حين تمّ التبادل بين لبنان والكيان الصهيوني.

وهكذا يتضح أن البصمة الوراثية بما ثبت نظرياً وعملياً من فعاليتها في التعرف إلى الجثث، والأشلاء، والعظام وغيرها، أنها تؤثر على العلامة المميزة في الفقه الإسلامي، لا بل وتحل مكانها في الحالات المذكورة وغيرها.

ثالثاً: أثر البصمة في معرفة مجرمي الاغتصاب:

المطلب الأول: تمهيد:

الاغتصاب فعل إجرامي لا يكون في زمن دون زمن، ولا عصر دون عصر، فقد حصل في زمن الرسول ﷺ، وحصل الاغتصاب في زمن أصحابه رضوان الله عليهم، وفي عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فكان الشهود أو الاعتراف هما اللذان يوضحان هذه الجريمة وبالتالي يتجلى الحكم فيها، وقد يتهم الإنسان بالاغتصاب فكيف يتبين أنه ليس الفاعل فعلاً؟

واليوم وفي عصر التطور الطبي، والانفتاح العالمي، وتطور عصابات الإجرام، أضحت من الصعب جداً اعتراف المغتصبين لعدم الرادع الخلقي والديني، وقد يتحين المجرمون أوقاتاً لا يشهد عليهم فيها أحداً، فتضيع الحقيقة، وتحمل المغتصبة، وقد لا تُصدق وتعاقب اجتماعياً بعدم الزواج منها على أنها زانية.

(1) جريدة الشرق الأوسط، العدد 8081، ص: 2، 12/1/2001، عن الجندي تطبيقات تقنية

المطلب الثاني: طرق معرفة المغتصبين في السنة والمأثور:

أولاً: في السنة:

وقع رجل على امرأة في سواد الصباح وهي تعمد إلى المسجد بمكروه على نفسها، فاستغاثت برجل مرَّ عليها وفرَّ صاحبها، ثم مرَّ عليها ذوو عدد فاستغاثت بهم فأدركوا الرجل الذي كانت استغاثت، وقد ذهب الآخر فأتوا به رسول الله ﷺ، فأخبرته أنه وقع عليها وأخبر القوم: أنهم أدركوه يشتد فقال: إنما كنت أغيتها على صاحبها فأدركني هؤلاء فأخذوني فقالت: كذب هو الذي وقع عليّ فقال رسول الله ﷺ: «انطلقوا به فارجموه»، فقام رجل فقال: لا ترجموه وارجموني فأنا الذي فعلت بها⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أنه لولا اعتراف المغتصب لرجم المظلوم ولطمست الحقيقة، فحتاج في هذه القضايا إلى دليل يحقق العدل ويمنع الظلم.

ثانياً: في المأثور:

1 - دخل عمر ؓ على امرأة متهمة بالقتل فهددها بسيفه فاعترفت قائلة: إن عجوزاً كانت تدخل عليّ فاتخذتها أمّاً، وكانت تقوم من أمري بما تقوم به الوالدة، وكنت لها بمنزلة البنت، حتى مضى لذلك حين، ثم إنها قالت: يا بُنيّة قد عرض لي سفر ولي ابنة في موضع أتخوّف عليها فيه أن تضيع وقد أحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفري، فعمدت إلى ابن لها شاب أمرد، هيأته كهيئة الجارية، وأتتني لا أشكّ أنه جارية، فكان يرى مني ما ترى الجارية، حتى أغفلتني يوماً وأنا نائمة فما شعرت حتى علاني وخالطني فمددت يدي إلى شفرة كانت إلى جانبي فقتلته ثم أمرت به فألقي حيث رأيت فاشتملت منه على هذا الصبي فلما وضعته ألقيته في موضع أبيه،

(1) أبو داود: السنن، في الحدود، باب: في صاحب الحديث في فقر، ص: 661، رقم الحديث 4379، الترمذي: السنن، في الحدود، باب: ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا 4/45، 46، رقم الحديث 1454، دار الكتب العلمية، تحقيق كمال يوسف الحوت.

فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك فقال: صدقت ثم أوصاها ودعا لها وخرج⁽¹⁾.

2 - أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار، وكانت تهواه، فلما لم يساعدها احتالت عليه فأخذت بيضة فألقت صفرتها وصبّت البياض على ثوبها وبين فخذيهما ثم جاءت إلى عمر صارخة، فقالت: إن هذا الرجل غلبني على نفسي وفضحني في أهلي، وهذا أثر فعالة، فسأل عمر النساء، فقلن: إن على بدنها وثوبها أثر المني، فهنَّ بعقوبة الشاب فجعل يستغيث ويقول: يا أمير المؤمنين: تثبت في أمري فوالله ما أتيت فاحشة وما هممت بها ولقد راودتني عن نفسي فاستعصمت فقال عمر: يا أبا الحسن ما ترى في أمرهما؟ فنظر علي إلى ما على الثوب، ثم دعا بماء حار شديد الغليان فصب على الثوب، فجمد ذلك البياض ثم أخذه واشتمه وذاقه فعرف طعم البيض، وزجر المرأة فاعترفت⁽²⁾.

وجه الاستدلال: إن علياً كرم الله وجهه فطن إلى طريقة الماء المغلي فأنقذ الرجل البريء من الموت، فهل نستطيع أن نتدارك اليوم جرائم الاغتصاب بهذه الطريقة البدائية؟ أم نلجأ إلى ما يبين الحق ويظهره؟

الاغتصاب الجماعي:

وذلك مما حصل في أيامنا هذه في البوسنة، عندما انتهكت أعراض المسلمين واغتصبت نساؤهم فراحوا يتوجهون بالأسئلة لعلماء المسلمين عن مصير حمل المغتصبة وهل يجوز إجهاضه؟ وهل كل المغتصابات حملهن من جريمة الاغتصاب؟ أم كان هناك حمل في رحم المرأة فاغتصبت واختلط الأمر؟

المطلب الثالث: دور البصمة الوراثية في كشف المغتصبين:

في الحالات المذكورة آنفاً كان الاعتراف سيد الأدلة، ولولا اعتراف

(1) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص: 23، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى 1415-1995.

(2) المصدر السابق ذاته.

المغتصب لأنهم غيره ظلماً، والمغتصب يلعب ويرتع، ولما أصبحنا في زمن عزّ فيه الاعتراف وخلت الليالي السوداء من الشهود، وأضحى الضمير الديني والخلقي ميتاً إلا عند من رحم ربي كان لا بد من التوجه إلى حل آخر.

ففي حالات الاغتصاب ووجود المني على المغتصبة، فلا مشكلة في كشف هذه الحالات عبر البصمة الوراثية واختبار الحمض النووي، ولذلك في قضايا الاغتصاب بصفة خاصة حيث تختلط الحيوانات المنوية للجاني بالإفرازات المهبلية للمجني عليها⁽¹⁾.

فبفضل تحليل الحامض النووي أمكن التعرف على شخصية الجاني في كثير من الجرائم وخاصة الاغتصاب أو هتك العرض، عن طريق فحص البصمة الجينية المستمدة من مني المتهم العالق بالمجني عليه، وبالبصمة الخاصة بالمشتبّه به، وإثبات أنهما لشخص واحد، هو الذي ارتكب الجريمة⁽²⁾.

وهكذا فإن البصمة الوراثية يمكنها المساعدة في رفع الظلم عن المظلوم، وإحقاق الحق في قضايا الاغتصاب، وأن تؤثر فعلياً في معرفة المغتصب.

- (1) دانييل كيفلس وليروي هود: الشفرة الوراثية للإنسان، ص: 216، 217، 221، ترجمة أحمد مستجير، المجلس الوطني الكويت، عالم المعرفة، 1997م.
- (2) الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، ص: 64، 65، نقله عن رمسيس بهنام: البوليس العلمي أو فن التحقيق، ص: 151، هامش رقم 2، وانظر: الجندي: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق، ص: 141 - 143.