الجمهـــوريـــة الجـزائـريـة الديـــمقراطيـة الشـعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة الـتـعـلـيـم الـعـالـــي و الـبـحـث الـعـلـمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة وهران 1
Université d'Oran 1
أحمـد بـن بـلـة

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية

–دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن–

رسالة مقدّمة لنيل دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية

(تخصّص: شريعة وقانون)

من إعداد:

يوسف بن شيخ

إشراف: الأستاذ الدكتور

حمحامي مختار

قائمة أعضاء اللجنة المناقشة

أ . د / داودي عبد القادر	جامعة أحمد بن بلة وهران 1	رئيسا
أ . د / حمحامي مختار	جامعة أحمد بن بلة وهران 1	مقررا
أ . د / عليان بوزيان	جامعة بن خلدون تيارت	مناقشا
د / طاهري بلخير	جامعة أحمد بن بلة وهران 1	مناقشا
د / فرقاق معمر	جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم	مناقشا
د / نعوم مراد	جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية:

1437/1436هـ الموافقة 2016/2015م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾

(سورة الحديد، الآية: 25) .

الإهـداء

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى و بعدُ :

إلى والدي و جدي رحمهما الله

إلى جدّتي رحمها الله

إلى أمي الموقرة حفظها الله

إلى زوجتي الغالية وفقها الله

إلى ريحانتيا فاطمة وآسيا ثبتهما الله

إلى الأستاذ المشرف الدكتور حمحامي المختار

إلى كل من أعانني بنصح أو توجيه . . .

وإلى كل من يحبنا و نحبه

شكر و تقدير

نحمد الله عز وجلّ و نشكره على نعمه الظاهرة والباطنة، و على ما منّ عليّ من تيسير وتوفيق في إتمام هذا العمل ، راجيا منه أن لا يؤاخذني فيما بدر منّي من تقصير أو إجحاف في حقّ هذا البحث.

ثم أتقدّم بجزيل الشكر و عظيم الامتنان إلى أستاذي المشرف الدكتور حمحامي المختار الذي كان لي عوناً في إنجاز هذا البحث بآرائه و إرشاداته القيمة وتدخلاته السديدة وأحكامه الرشيد

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى عميد كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، وكلّ طاقمها من أساتذة وإداريين وعمال. . .

كما لا أنسى أن أشكر أن أشكر أعضاء لجنة المناقشة على قراءة هذه الرسالة، وعلى ما سيبدونه من ملاحظات.

كما لا أنسى أن أشكر كلّ من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد .

مقدمة

الحمد لله الذي جعل القضاء للناس وسيلة للفصل في الخصومات، والصلاة والسلام على رسوله الذي جعله الله حكما بين الناس وأمرهم بالرضا بحكمه، وعلى آله وصحبه الذين تمسكوا بمنهجه وسنته وساروا على نهجه سيرا حثيثا، وعلى أتباعهم الذين ورثوا هديهم في الحكم والقضاء، فأكْرِم بهم وارثا وموروثا، وبعد:

إن الشريعة الإسلامية الغراء جاءت لتحقيق مصالح العباد في هذه الحياة الدنيا والآخرة، ولا شك أن القضاء هو إحدى الطرق المحققة لهذه المصالح، فبه تحفظ حقوق الناس، وترد المظالم إلى أهلها، وبالتالي يعم العدل في أوساط الناس، ويعيشون في أمن وسلام، لهذا الشارع الحكيم شرّع أحكاما في مختلف جوانب الحياة الفردية، والاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية لتحقيق العدل الذي هو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية؛ إذ به تصان حقوق النّاس من الظلم والجور، ولا يتحقق هذا المقصد العظيم إلا بوجود وسائل تثبت بها الحقوق.

وإذا نظرنا في الكتاب والسنة نجد أنهما أشارا إلى وسائل تحفظ بها الحقوق كالكتابة، والشهادة، والإقرار، واليمين، وغيرها، وهذا ما يعبر عنه بالوسائل التقليدية المباشرة، لكن سرعان ما تطور الأمر لصالح القرائن وذلك بسبب فساد طبائع الناس، وذهاب الوازع الديني في الكثير منهم ممّا أفقد الأدلة التقليدية صدق واقعها، فطغى على الإقرارات وأقوال الشهود الكذب والخديعة في حالات عدة، وضاعت هيبة الحلف، فضلا عن ذلك فإن التطور العلمي الحاصل في علم الطب والبيولوجيا الناتج عن البحوث والتجارب التي أجراها الإنسان خصوصا في المجال الذي يتعلق بكيانه الجسدي فظهرت البصمة الوراثية في مجال تحديد هوية الفرد، والفحص الطبي في الكشف على كثير من الأمراض، والتشريح في الكشف عن أسباب الموت، وغيرها.

هذا الأمر زاد من أهمية القرائن بالنسبة للوقائع المادية، والتي لم تكن معروفة من قبل، حيث أدت دورا بارزا في مجال الإثبات سواء في مجال الجنايات أو في مجال الأحوال الشخصية وغيرها، وذلك لحل الكثير من القضايا والمشكلات التي تعرض على القضاء، كإثبات العيوب بين الزوجين والتي لا يمكن معرفتها إلاّ بالفحص الطبي، ومعرفة المشتبه في نسبه بمقارنة فصيلة دمه بدم المدعين له، وغيرها، فكان من واجب الفقه الإسلامي التعرض لها ومعرفة حكمها؛ لأن القاعدة القانونية تتأثر بالتغيرات الاجتماعية؛ إذ هي التي تصنع القانون الوضعي على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حياتها.

ولعلّ من هذه التغيرات الاجتماعية ظهور التطورات العلمية الهائلة التي شهدها هذا العصر خصوصا في مجال الطب الشرعي؛ إذ نلاحظ تأثر قانون الأحوال الشخصية العربية لكثير من الدول – بشكل متفاوت – مع تلك التطورات الطبية والبيولوجية، منها قانون الأسرة الجزائري الذي تناول جانبا مهمّا منها في التعديل الأخير عن طريق الأمر الرئاسي 05 – 02 الصادر في: 27 فيفري 2005م، الموافق لـ 18 محرم 1426 هـ، حينما تكلم عن (التلقيح الاصطناعي، الأم البديلة، إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ...)، وذلك في المادتين: 40 و45 مكرر منه، وقانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر بتاريخ: 28-10-1998م الذي تكلم عن إسناد لقب الأب للطفل بواسطة التحليل الجيني، وقانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 2010م الذي تكلم على أن إثبات العيوب الزوجية عن طريق تقرير من القابلة أو الطبيب مؤيد بشهادتهما وهذا من خلال المادة 119، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي تكلم عن كيفية الاستعانة بأهل الخبرة في معرفة العيوب التي يفسخ بها الزواج وهذا من خلال المادة 142.

فالشريعة الإسلامية واقعية في أحكامها صالحة لكل زمان ومكان، يحكمها العقل ويقرها العلم، فهي مرنة لكل مستجد، تتماشى معه وفق مقاصد الشريعة الإسلامية التي مبناها جلب المنافع ودفع المضار، فإذا ما استجدت نازلة من نوازل العصر إلاّ ذهب الفقهاء في إعطاء الحكم فيها وهذا ما نلاحظه في المجامع الفقهية والمؤتمرات العلمية، والفتاوى الفردية لبعض أهل العلم، وفي هذا الصدد تأتي رسالتي بعد استخارة الله عز وجل ضمن متطلبات ما بعد التدرج؛ لنيل درجة شهادة الدكتوراه، والتي اخترت لها العنوان الآتي: " **أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن** – محاولا في ذلك توضيح ما استشكل من القضايا الطبية والبيولوجية فيما يتعلق بنظام الإثبات، ثم إعطاء الحكم الشرعي لها وموقف قانون الأحوال الشخصية منه، وأخيرا تطبيقات التطورات الطبية والبيولوجية على قضايا الأحوال الشخصية.

أولا: أهمية الموضوع

إنّ أهمية موضوع أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن – تتجلى في نواحي عديدة نذكر منها:

1- التقدم العلمي خصوصا الطب الحديث واكتشافه لكثير من التقنيات التي توصل إلى الحقيقة المتنازع فيها، كاكتشافه للبصمة الوراثية ودورها في معرفة المشتبهين، المشوهين في الحروب، والجثث المحرقة أو المفحمة، وهوية المجرمين، فهي تشكل قرينة قاطعة الدلالة في معرفة الحقيقة.

2- حداثة هذا الموضوع وتأثيره على قوانين الدول العربية والإسلامية، بالنظر إلى الاكتشافات المتتالية في مجال الطب والبيولوجيا.

3- الوقوف على الحقائق الطبية والبيولوجية الحديثة، وتوضيح حقيقة موقف كلّ من الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية لبعض الدول، وهذا تماشيا مع الحياة العصرية التي ظهرت فيها تقنيات لم تكن معروفة عند الفقهاء القدامى، كظهور تقنية التلقيح الاصطناعي، والبصمة الوراثية، والتشريح، وغيرها.

4- ما يثيره موضوع الإثبات بالاعتماد على التطورات الطبية والبيولوجية من مشاكل مادية وشرعية وأخلاقية وقانونية.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع:

من بين الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

1- الأسباب الذاتية:

أ- الرغبة الذاتية في التشعب في تفاصيل هذا الموضوع، خصوصا وأن دراستي الأولية كانت علمية في المرحلة الثانوية وصدرا من الجامعة.

ب- محاولة جمع ما قيل في هذا الموضوع من الناحية الطبية والشرعية والقانونية بشكل مختصر غير مُخل حتى أكون عونا على نشر العلم وتقديمه لطلبة العلم.

2- الأسباب الموضوعية:

أ- تعلق هذا الموضوع بقضيّة من قضايا الساعة تستدعي البحث.

ب- التقدم العلمي في مجال الطب والبيولوجيا وتأثر غالبية قوانين الأحوال الشخصية العربية به وجعل ثماره وسيلة من وسائل الإثبات، هذا الأمر فسح المجال لاجتهاد الكثير من الفقهاء في قضايا الأحوال الشخصية، كإثبات النسب، وإثبات العيوب الزوجية، واستحقاق ميراث الحمل، والخنثى، وتحديد أسبقية الوفاة لحصر الميراث بين الورثة، وغيرها.

ت- عدم وجود دراسات مقارنة لهذا الموضوع من الناحيتين الشرعية والقانونية لا سيما في تفاصيله وجزئياته، وهذا في حدود علمي، فكان لزامًا إبداء الحكم الشرعي في خصوصها وتمحيصها في ضوء نصوص الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

ث- نظراً للخطى السريعة التي يخطوها التقدم العلمي، وحاجة القضاء لهذه التقنيات الطبية والبيولوجية الحديثة التي أعطت إيجابية كبيرة في معرفة الحقائق والوقائع المتنازع فيها أوجب علينا أن نقدم لكل من الأطباء والقضاة وعامة المسلمين ما حِلَّ وما حَرُم من هذه التقنيات حتى لا تحيد خطاهم عن حدود الشريعة الإسلامية.

ج- تتبع مدى تجاوب قانون الأسرة الجزائري مع هذه المستجدات ولو بشكل قليل، وهذا حينما تكلم عن التلقيح الاصطناعي، الأم البديلة، إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وذلك في المادتين: 40 و45 مكرر منه.

ثالثا: إشكالية البحث

يتعلق هذا البحث بأهمية نظام الإثبات ومدى تأثير المستجدّات العلمية الحديثة من تطور طبي وبيولوجي عليه، وبالتالي وجب الاجتهاد في معرفة الأحكام الشرعية والقانونية المترتبة عليها، فكانت هذه الدراسة سبيلا لإيضاح العديد من النقاط مما أثارت إشكالية رئيسية مفادها كالتالي: هل تعتبر التطورات الطبية والبيولوجية وسيلة من وسائل الإثبات في قضايا الأحوال الشخصية؟ وبعبارة أخرى هل يعتبر الطب الشرعي طريقا من طرق الإثبات في قضايا الأحوال الشخصية؟ ويندرج تحت هذه الإشكالية قضايا وتساؤلات فرعية منها:

1- هل الأصل في نظام الإثبات الحرية أم التقييد؟، وبعبارة أخرى هل طرق الإثبات مطلقة أم مقيدة؟

2- ما مدى توافق المستجدات والحقائق العلمية-الطبية والبيولوجية- مع الضوابط الشرعية والنظام العام؟

3- ما هي المكانة التي تحتلها هذه المستجدات -الطبية والبيولوجية- بين أدلة الإثبات التقليدي؟

4- ما مدى تأثير تقدم المجال العلمي المتعلق بالطب والبيولوجيا على قانون الأحوال الشخصية في مجال نظام الإثبات؟

هذه الإشكاليات أدت بكثير من الفقهاء إلى الاجتهاد فيها وإعطاء الأحكام الفقهية لها مع مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فعقدت بذلك المؤتمرات العلمية والندوات والمجامع الفقهية على ذلك.

رابعا: الدراسات السابقة

نظرًا لأهمية نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وتشعب قضاياه، فقد حظي بالعديد من الدراسات التي تناولت فرعيات كثيرة منه، ومع ذلك فإنه لا يزال يحتاج إلى دراسة وتحليل، باعتبار أنه يدخل في أغلب أبواب الفقه والقانون؛ لذا ارتأيت أن أتناول إحدى وسائله، فكانت الدراسة تتناول وسيلة من وسائل الإثبات، وهي التطورات الطبية والبيولوجية وأثرها في إثبات قضايا الأحوال الشخصية المتنازع فيها، كإثبات النسب أو نفيه، تحديد الإرث في حالة وجود الحمل والخنثى، الشك في أسبقية الوفاة، وغيرها.

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع وحاجة الناس لمعرفة أحكامه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إلاّ أنه لم يحظ بحيز خاص سواء في الدراسات الفقهية المقارنة، أو الدراسات القانونية، وفي أثناء البحث والدراسة لهذا الموضوع وجدت بعض الدراسات التي عالجت جزئياته، وهي في الحقيقة دراسات قيّمة تعين طالب العلم على تتبع المسار في البحث في مظان هذا الموضوع، منها:

1- إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، للطالبة: عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إشراف: أ.د/ محمد بلتاجي حسن، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم: الشريعة الإسلامية، 2000م.

قُسِّمت هذه الرسالة إلى أربعة أبواب، حيث تناولت في الباب التمهيدي المقررات الشرعية العامة في ثبوت النسب، والباب الثاني تناولت فيه التلقيح الاصطناعي، والباب الثاني تناولت فيه الوسائل المعاصرة في إثبات النسب، والباب الثالث تناولت فيه الاستنساخ وأثره في إثبات النسب، ما يلاحظ على هذه الرسالة أنها لم تتطرق إلى الجانب القانوني إلا في ملحق وتناولت قضايا إثبات النسب بتحليل الحمض الريبي النووي الـ ADN في القانون المصري ومشروع القانون الإماراتي، وبالتالي هذه الرسالة يغلب عليها الطابع الفقهي.

2- النسب في ظل التطور العلمي والقانوني- دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، للطالب: زبيري بن قويدر، إشراف: تشوار جيلاني، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، نوقشت في: 12/19/ 2012م.

قُسِّمت هذه الرسالة إلى بابين، حيث تناولت في الباب الأول إنشاء النسب في ظل التطور العلمي والقانوني؛ أي: تطرقت إلى إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي، والباب الثاني تناولت إثبات النسب في ظل التطور العلمي والقانوني، ما يلاحظ على هذه الرسالة أنها غلّبت الجانب القانوني على الجانب الفقهي، كما أنها لم تتناول بعض قضايا إثبات النسب، كإثبات نسب ابن الزنا، وغيرها.

3- الحمل إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، للطالب: عيسى أمعيزة، تحت إشراف: د/ نصيرة دهينة، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، السنة الجامعية: 2005-2006.

قُسِّمت هذه المذكرة إلى ثلاثة فصول، فصل تمهيدي تناولت في مراحل الحمل، وفصل أول تناولت فيه إرث الحمل والوصية له، وفصل ثان تناولت فيه إجهاض الحمل وصوره المعاصرة، ما يلاحظ على هذه المذكرة لم تتناول دور الطب الشرعي في إثبات وجود الحمل وتعدده عن طريق

وسائل علمية كمعرفة وجود الحمل عن طريق فحص البول مخبريا، ومعرفة تعدد الحمل عن طريق استعمال موجات فوق الصوتية، وغيرها، ثم موقف الفقهاء والقانونين من هذه الوسائل التي تعين على حل النزاع الوارد بين أقارب المورّث.

4- ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة- وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، قدمت خطة هذه الرسالة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، للطالب: عبد الحميد حسن صباح، تحت إشراف سماحة الدكتور: مازن إسماعيل هنية، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، 2008م.

قُسِّمت هذه الرسالة إلى ثلاثة فصول، فصل تمهيدي تناولت فيه حقيقة الخنثى عند الفقهاء، وعلماء الطب، وقانون الأحوال الشخصية المطبق في غزة، وفصل أول تناولت فيه الأحكام العامة لميراث الخنثى، وفصل ثان تناولت فيه دور الحقائق العلمية في ميراث الخنثى، ما يلاحظ على هذه الرسالة أنها قصرت الدراسة على قانون الأحوال الشخصية المطبق في غزة، ولم تتطرق إلى قوانين الأحوال الشخصية الأخرى كقانون الأسرة الجزائري، وقانون أحوال الشخصية الكويتي، وغيرها.

5- البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة فقهية مقارنة، للطالب: عبد الرحمان أحمد الرفاعي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1: 2013م، وأصل هذا الكتاب رسالة علمية حاز بها المؤلف درجة العالمية الدكتوراه في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر.

قُسِّم هذا الكتاب إلى قسمين، قسم أول تناول النظرية العامة للبصمة الوراثية، وقسم ثان تناول فيه الحماية الجنائية للبصمات الوراثية وأحكامها التطبيقية، ما يلاحظ على هذا الكتاب أن تناول جانبين من الإثبات، الإثبات الجنائي، وإثبات النسب، كما أنه لم يتطرق إلى قانون الأسرة الجزائري في الدراسة، وبالمقابل تطرق إلى قانون الأحوال الشخصية التونسي، والمصري، والقانون المدني الفرنسي.

6- أيمن محمد عمر العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، دار ابن حزم –بيروت، ط2: 2010م، وأصل هذا الكتاب رسالة علمية تقدم بها المؤلف

لنيل درجة الدكتوراه من قسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة في الجامعة الأردنية في عام 1423هـ/2002م.

قُسِّم هذا الكتاب إلى أربعة فصول، فصل تمهيدي تناول فيه وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، وفصل أول تناول فيه وسائل الإثبات المستجدة في العبادات، وفصل ثان تناول فيه وسائل الإثبات المستجدة في المعاملات، وفصل ثالث تناول وسائل الإثبات المستجدة في الحقوق والحدود، وهذا الأخير له علاقة بموضوع البحث، ما يلاحظ على هذا الكتاب لم يتناول الجانب القانوني.

خامسا: المنهج المتبع

المنهج الذي اعتمدته في دراسة هذا الموضوع يكمن فيما يلي:

1- اعتماد المنهج الاستقرائي، وذلك باستقراء ما كتب في الموضوع ذاته.

2- اعتماد المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، حيث اعتمدت في الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة المشهورة، بالإضافة إلى المذهب الظاهري، فبينت أحكام وآراء المذاهب الفقهية في كل مسألة أذكرها مع ذكر الأدلة، ثم مناقشتها، وأحيانا لا أناقشها وأكتفي فقط بأدلة المذاهب وهذا بحسب مقتضيات الموضوع، كما أني اجتهدت في بيان سبب الخلاف بين المذاهب وذلك بالرجوع إلى المصادر الأصلية المعتمدة في كل مذهب، وأحيانا أستنبط سبب الخلاف إذا لم أجده منصوصا عند أهل العلم، وكذا اعتمدت أيضا على القرارات والمجامع الفقهية التي عالجت مثل هذه المواضيع.

وأمّا قانون الأحوال الشخصية العربية اعتمدت على قانون الأسرة الجزائري أولا، ثم قانون الأحوال الشخصية العربية كقانون الأحوال الشخصية التونسي، وقانون الأحوال الشخصية المغربي، وقانون الأحوال الشخصية الأردني، وأمّا القوانين الغربية اعتمدت على القانون المدني الفرنسي؛ باعتبار أن الفقه المالكي هو أحد مصادره.

وأخيرا إجراء مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، حيث بينت أوجه التشابه والاختلاف بينهما ما استطعت إليه سبيلا.

3- اعتماد المنهج التحليلي من خلال استنباط الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة –رضي الله عنهم- والتابعين وأقوال مذاهب الفقهاء معتمدا في ذلك على القواعد الأصولية والفقهية ومقاصد الشريعة الإسلامية.

وأمّا قانون الأحوال الشخصية اعتمدت على المنهج التحليلي من خلال استنطاق النصوص القانونية في مجال الإثبات.

4- اعتمدت في دراستي للبحث على اللغة السهلة التي يستعملها ويفهمها فقهاء القانون مع عدم الإخلال بالمعنى الفقهي للمصطلحات التي عبر عنها الفقهاء القدامى مع الإشارة إلى ذكر المراجع التي استندت إليها وأخذت عنها هذه المصطلحات العلمية.

5- الاستعانة بالكتب الحديثة في مجال البحث العلمي الطبي والشريعة والقانون، والتي تناولت نظام الإثبات وكذا الأحكام القضائية المتعلقة به.

6- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من السور مع ذكر رقم الآية، معتمدا في ذلك على المصحف العثماني برواية حفص عن عاصم.

7- تخريج الأحاديث النبوية وبيان درجتها، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدها اكتفيت بعزو إليهما؛ باعتبار أنهما أصح الكتب بعد القرآن الكريم، وتلقي العلماء لهما بالقبول، أمّا إذا لم يوجد الحديث في الصحيحين فإني أقوم بتخريجه من كتب السنة المشهورة، ثم أبين درجته من الصحة أو الضعف وذلك بالرجوع إلى أئمة الحديث القدامى والمعاصرين.

8- تخريج الآثار الواردة عن الصحابة –رضي الله عنهم-، وذلك بالرجوع إلى مصادرها الأصلية المعتمدة.

9- شرح بعض المفردات اللغوية والمصطلحات الفقهية والعلمية لتيسير فهم الموضوع، وذلك بالرجوع إلى المعاجم اللغوية والقواميس الفقهية.

10- عزو النصوص والأقوال لقائليها، وذلك بالرجوع إلى مصادرها الأصلية، فإذا تعذر عليَّ المصدر الأصلي فإنني أذكر المرجع الذي نقلت منه النص أو القول، مع الإشارة إلى أنه نقل عن المصدر الأصلي.

11- لم أترجم للأعلام في الهامش، باعتبار أن البحث ورد فيه كثير من الأعلام، وأيضا تجنبا لثقل الهامش الذي يكون على حساب المتن، مكتفيا في ذلك بتعريف مختصر في فهرس الأعلام، وهذا حتى يسهل على القارئ معرفة هذه الشخصيات العلمية.

12- حاولت الترجيح في المسائل الخلافية مراعيا في ذلك التأدب مع العلماء الجهابذة، وهذا ما يغلب على ظني أنه هو الحق والصواب معتمدا في ذلك على قوة الدليل ووجه الاستدلال الذي يستدل به الفريق، واستعمال القواعد الأصولية والفقهية، ومراعاة المصالح والمفاسد.

13- وضعت فهارس تفصيلية تتضمن: فهرس الآيات القرآنية، فهرس الأحاديث النبوية والآثار، فهرس الأعلام، فهرس المصطلحات الفقهية، فهرس القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، فهرس المصادر والمراجع، فهرس الموضوعات.

سادسا: صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتني في بحثي هي:

1- صعوبة الحصول على المراجع المتخصصة لمثل هذه البحوث نظرا لعدم تمكني من السفر للبلدان التي اهتمت بهذه الدراسات كالأردن والإمارات والكويت، وغيرها، إلاّ أنني اجتهدت وبذلت قصارى جهدي في الحصول على قدر منها عن طريق الشبكة العنكبوتية، وتوصيتي لبعض أساتذة الجامعة الذين منحت لهم فرصة الذهاب إلى هذه البلدان في اقتناء بعض المراجع التي تخدم موضوعي، وكذلك المعرض الدولي الذي يُفتتح في بلدنا الجزائر مرة واحدة في كل عام كان له دور كبير في إثراء المادة العلمية التي تصب في صلب الموضوع.

2- تشعب الموضوع والإحساس بضيق الوقت مع انسداد الأفق بسبب مشاغل البيت وظروف العمل بالتعليم جعل مني أن أسهر الليالي، وأشتغل بالبحث أثناء العطل.

3- اعتماد بعض المراجع الأجنبية المكتوبة بالفرنسية واللغة الإنجليزية أخذ منّي الجهد الكبير في الترجمة لا سيما المراجع الطبية التي تحتاج إلى متخصصين.

سابعا: خطة البحث

قسمت خطة البحث إلى مقدمة وبابين وخاتمة.

الباب الأول: تضمن الحديث عن التطورات الطبية والبيولوجية وعلاقتها بنظام الإثبات في الأحوال الشخصية وذلك في فصلين، حيث تناول الفصل الأول مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات والأحوال الشخصية وذلك من خلال تحديد مفهوم نظام الإثبات وأهميته، ثم موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من إطلاق وتقييد نظام الإثبات، ثم تحديد مدلول مصطلح الأحوال الشخصية، والقضايا التي هي من اختصاصه، وأمّا الفصل الثاني تناول التطورات الطبية والبيولوجية ومنزلتها بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، وذلك من خلال تحديد مفهوم الطب الشرعي وحجيته، ثم وسائل الطب الشرعي وأثرها في إثبات الوقائع المتنازع فيها، وأخيرا منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة نظام الإثبات (منزلة البصمة الوراثية بين أدلة النسب أنموذجا).

الباب الثاني: تضمن الحديث عن نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الأحوال الشخصية وذلك في فصلين، حيث تناول الفصل الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا النسب وذلك من خلال بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من إثبات النسب أو نفيه بالبصمة الوراثية، وأمّا الفصل الثاني تناول نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات قضايا الميراث، وذلك من خلال بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من إثبات ميراث الحمل، وميراث الخنثى، تحديد أسبقية الوفاة، وغيرها بواسطة التطورات الطبية والبيولوجية، وبناءً على ذلك جاءت الخطة المفصلة على النحو التالي:

الباب الأول: التطورات الطبية والبيولوجية وعلاقتها بنظام الإثبات في الأحوال الشخصية

الفصل الأول: مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات والأحوال الشخصية

المبحث الأول: مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات

المبحث الثاني: مفاهيم وقضايا أساسية للأحوال الشخصية

الفصل الثاني: التطورات الطبية والبيولوجية ومنزلتها بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية

المبحث الأول: مفاهيم وقضايا أساسية للطب الشرعي

المبحث الثاني: وسائل الطب الشرعي

المبحث الثالث: موقف فقهاء الإسلام والقانون في منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية

الباب الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الأحوال الشخصية

الفصل الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا النسب

المبحث الأول: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه

المبحث الثاني: نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا

المبحث الثالث: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

المبحث الرابع: نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب

الفصل الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الميراث

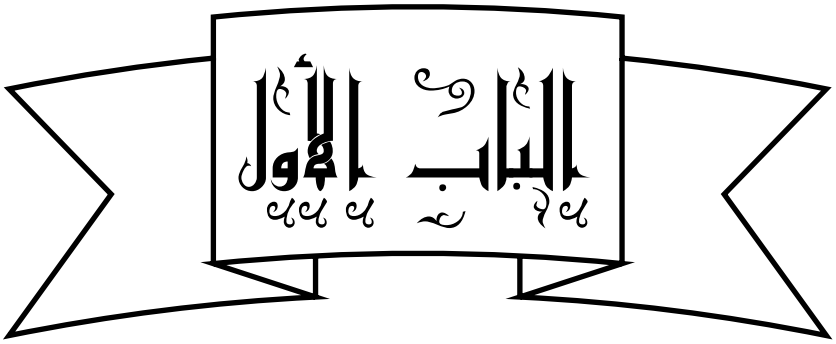
المبحث الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل

المبحث الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الخنثى

المبحث الثالث: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الموت الجماعي

المبحث الرابع: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات تصرفات مريض مرض الموت

خاتمة: وفيها أهم النتائج التي توصل إليها الباحث، وأهم الاقتراحات.



التطورات الطبية والبيولوجية وعلاقتها بنظام الإثبات في الأحوال الشخصية

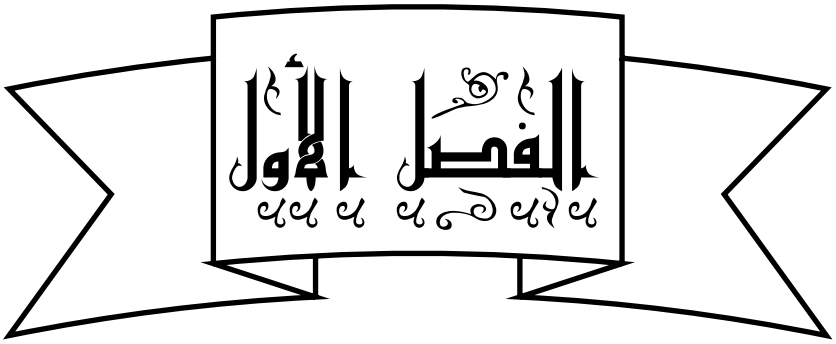
(دراسة نظرية)

توطئة

إن الحديث على نظام الإثبات يرشدنا إلى طرق الإثبات[1]، ولا شك أن الإلمام بها يتطلب من طالب العلم الجهد الكبير والوقت الكثير حتى يستوفيه بالدراسة والتحليل؛ باعتبار أن فقهاء الإسلام والقانون اختلفوا في تقييدها وإطلاقها، لا سيما وقد ظهرت في هذا العصر الحديث وسائل كثيرة تمتاز بدقة متناهية في معرفة الحقائق والوقائع المتنازع فيها، كظهور البصمة الوراثية وتحليل الدم في إثبات النسب أو نفيه مثلا، والتشريح لمعرفة سبب الوفاة، وتحديد أسبقية الوفاة في الموت الجماعي وهذا لحصر الإرث بين أقارب المورِّث، وغيرها، وهي في الحقيقة وسائل يعتمد عليها الطبيب الشرعي من خلال تقديم الأدلة المادية المحسوسة والملموسة في تقارير طبية شرعية لمساعدة القضاء للوصول إلى حقيقة الوقائع المتنازع فيها، ثم الفصل فيها.

هذا الأمر استوجب من الفقهاء والقانونين دراسة هذه المستجدات العلمية؛ باعتبارها وسائل تحقق الهدف الأسمى للقضاء، وعليه فإن الاهتمام بهذه المستجدات العلمية يفتح المجال الكبير للقضاة في معرفة الحقائق والوقائع المعروضة عليهم، من هذا المنطلق ارتأيت أن أقسم هذا الباب إلى فصلين، **فصل أول** تناولت فيه مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات والأحوال الشخصية، **وفصل ثان** تناولت فيه التطورات الطبية والبيولوجية ومنزلتها بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية.

1- طرق الإثبات: هي الوسائل التي تقبل كأدلة أمام القضاء كالشهادة والقرائن القوية وغير ذلك. ينظر: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس- بيروت، ط2: 1988م، ص41.



مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات والأحوال الشخصية

توطئة:

يعتبر نظام الإثبات من أهم المواضيع التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع المتنازع فيها، وبالتالي الفصل فيها صيانة لحقوق الناس من الضياع، ولقد أولت الشريعة الإسلامية لهذا الموضوع اهتماما بالغا من حيث تنظيم أحكامه، والمتتبع لنصوص الكتاب والسنة النبوية يجد الكثير من القضايا تعتمد على نظام الإثبات، كالفصل في القضايا المتنازع فيها عن طريق شهادة الشهود، وإمّا عن طريق الكتابة، وإمّا عن طريق اليمين، وإمّا عن طريق القرائن، وغيرها من طرق الإثبات، وهذا يدل على شمولية الشريعة وأنها صالحة في كل زمان ومكان، كما أن القوانين الوضعية اهتمت بنظام الإثبات أيّما اهتمام، فنظمت أحكامه في شكل مواد قانونية تسهل على القاضي الحكم بها.

إن نظام الإثبات يحتاج إليه في المسائل المتنازع فيها وهذا من أجل الفصل فيها، فهو يدخل في أغلب أبواب الفقه والقانون الوضعي، وبما أن موضوع الرسالة منحصر في مجال الأحوال الشخصية فسأقتصر على نظام الإثبات المتعلق بقضايا الأحوال الشخصية، وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين، مبحث أول تناولت فيه مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات، ومبحث ثان تناولت فيه مفاهيم وقضايا أساسية للأحوال الشخصية.

المبحث الأول: مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات

قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول تناولت فيه مفهوم نظام الإثبات وأهميته، ومطلب ثان تناولت فيه موقف فقهاء الإسلام والقانون في إطلاق وتقييد نظام الإثبات.

المطلب الأول: مفهوم نظام الإثبات وأهميته

الفرع الأول: مفهوم نظام الإثبات

لتحديد نظام الإثبات يتطلب منا تعريفه باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة نظام وكلمة إثبات، وباعتباره علما لقبا؛ أي مركبا إضافيا.

أولا: تعريف نظام الإثبات باعتبار مفرديه

1- تعريف النظام لغة واصطلاحا

أ- لغة: نظمت اللؤلؤ؛ أي: جمعته في السِلك والتنظيم مثله، ومنه نظمت الشِعر ونظَّمتُه، والنّظام: الخيط الذي يُنظم به اللؤلؤ، والنّظام: كلّ خيْط يُنظم به لؤلؤ ونحوه، ويقال نظم أمره أقامه ورتبه، والنّظْم: التأليف، نظمه ينْظِمه نظما ونظاما ونظّمه فانتظم وتنظَّم، ومنه النظام يعني: التأليف والتّرتيب والاتساق[1].

ب-اصطلاحا: ورد تعريف مصطلح النظام بعدة تعريفات منها:

-هو مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات التي تحدد الطريقة التي يجب إتباعها في تصرف معين، ومنه النظام الاقتصادي، والنظام الإداري[2].

1- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر- بيروت، ط1: 2000م، 294/14-295. الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت، ط4: 1987م، 2041/5. الرازي، مختار الصحاح، ترتيب وتحقيق: محمود خاطر وحمزة فتح الله، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 2001، ص573-574. الفيومي، المصباح المنير، تحقيق: يحي مراد، مؤسسة المختار- القاهرة، ط1: 2008، ص372.

2- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت، ط2: 1988م، ص482.

–هو مجموعة من المكونات ذات علاقات متداخلة مع بعضها تعمل على نحو متكامل داخل حدود معينة لتحقيق هدف أو أهداف مشتركة في بيئة ما، وفي سبيل ذلك تقبل وتقوم بعمليات وتنتج مخرجات، وتسمح باستقبال مدخلات مرتدة (تغذية عكسية)[1].

–هو وحدة أو كيان مكون من مجموعة من أنظمة فرعية متداخلة، تهدف جميعا لتحقيق مجموعة من الأهداف[2].

–هو مجموعة من العناصر أو الأجزاء المترابطة التي تعمل بتنسيق تام، وتفاعل تحكمها علاقات وآليات عمل معينة في نطاق محدد لتحقيق غايات مشتركة، وهدف عام بواسطة قبول المدخلات ومعالجتها من خلال إجراء تحويلي منظم لإنتاج المخرجات مع التغذية الراجعة والمراقبة[3].

من خلال النظر إلى هذه التعريفات نجد أن التعريف الأكثر دقة هو التعريف الأول؛ لأنه شمولي، بحيث بين جوهر النظام الأساسي وماهيته الحقيقية التي يبنى عليها في كونه عبارة عن أوامر، ونواهي، وإرشادات تختلف من مجال إلى آخر، وهذه الأوامر والنواهي والإرشادات بطبيعة الأمر تهدف إلى تحقيق أمر ما يعود بالنفع لصالح العام، والملاحظ في كل مجال يجد أنه يحكمه نظام معين يتناسب مع طبيعته، وهذا النظام بلا شك يحتوي على قوانين عبارة عن أوامر ونواهي وإرشادات تعمل على سير هذا المجال بشكل منتظم ومحكم، وبالتالي مصطلح النظام يدخل في جميع المجالات السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، بقصد تحقيق هدف يتناسب مع طبيعة المجال، بينما نجد أن التعريفين –الثاني والرابع– عرّفا النظام من الجانب الاقتصادي فقط، وهذا من خلال استعمال مصطلحات اقتصادية كاستعمال مصطلح قبول المدخلات، وإنتاج المخرجات، أمّا التعريف الثالث بين الهدف من النظام فقط، ولم يبين ماهيته الحقيقية التي يبنى عليها وآليته.

1– طه طارق، مقدمة في نظم المعلومات الإدارية الحاسبات الآلية، منشأ المعارف للنشر والتوزيع– الإسكندرية، ط3: 2000م، ص23.

2– ستيفن أ، وموسكوف ومارك ج، وسميكن، نظم المعلومات المحاسبية لاتخاذ القرارات مفاهيم وتطبيقات، ترجمة ومراجعة: كمال الدين سعيد وأحمد حامد حجاج، دار المريخ– السعودية، ط: 1989م، ص21.

3– سلمان زيدان، نظم إدارة المعلومات واتخاذ القرارات (الآيات القرآنية والأنظمة الحياتية)، دار وائل للنشر والتوزيع– عمان، ط1: 2005م، ص17.

2- تعريف الإثبات لغة واصطلاحا

أ- لغة: ثبت الشيء ثباتا وثبوتا، بمعنى اعتبر الشيء دائما مستقرا أو صحيحا، والمصدر ثبات وثبوت، فهو ثابت وثبيت وثبْت، والثبَت بالتحريك: الحجة والبينة، ومنه حديث قتـادة بن النعمان: «**بِغَيْرِ بَيِّنَة وَلَا ثَبَتٍ**»[1]، أثبته وثبّته؛ أي عرفه حق المعرفة، أثبت حجته: أقامها وأوضحها، فمادة ثبت تفيد المعرفة والبيان والدوام والاستقرار[2] .

ب- اصطلاحا:

* **في الفقه الإسلامي:** استعمل الفقهاء الإثبات بمعناه اللغوي، وهو إقامة الحجة، بحيث أطلقوه على معنيين عام وخاص، فأمّا الإثبات بمعنى العام هو إقامة الحجة مطلقا على حق أو واقعة من الوقائع، سواء أكان أمام القضاء أم لا، وسواء أكان عند التنازع أم قبله[3]، وأمّا الإثبات بمعنى الخاص فهو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية[4]، والمعنى الخاص هو المقصود في البحث؛ لأن الإثبات بهذا المعنى يحقق الغرض المقصود، وهو حفظ حقوق الناس وصيانتها، كما يحقق العدل، ويفض النزاعات، ويقطع الخصومات الناجمة بين أفراد المجتمع .

* **في القانون:** أمّا الإثبات- بمعناه القانوني- فقد ورد عند شراح القوانين بتعريفات كثيرة، وهي تعريفات متشابهة ومتقاربة منها:

1- أخرجه الترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة النساء، رقم الحديث: [3036]، قال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعلم أحدا أسنده غير محمد بن سلمة الحرّاني، وحسنه الألباني، ينظر: الترمذي، سنن الترمذي، تعليق: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع- الرياض، ط1، (د.ت)، ص 679-680. وأخرجه أيضا الطبراني، رقم الحديث: [15]، ينظر: الطبري، المعجم الكبير، حققه وخرج أحاديثه: حمدي عبد المجيد السلفي، (د.ت.ط)، 12-9/19، وأخرجه الحاكم بلفظ بغير بينة ولا تثبت، كتاب الحدود، رقم الحديث: [8244]، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ينظر: الحاكم، المستدرك على الصحيحين، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، ط1: 1997م، 542-540/4.

2- ابن منظور، المصدر السابق، 6/3. الرازي، مختار الصحاح، ص84. الفيومي، المصدر السابق، ص53.

3- الزحيلي محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان- بيروت، ط1: 1982م، 22/1.

4- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية –الكويت، الموسوعة الفقهية، ط2: 1983، 232/1 .

– إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها[1].

–إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه[2].

– إقامة الدليل أما القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها، يترتب على ثبوتها آثار قانونية[3].

– عرفه الفقه الفرنسي بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على حقيقة واقعة معينة، يؤكدها أحد الأطراف في خصومة، وينكرها الطرف الآخر[4].

يتبن لنا من خلال هذه التعريفات أن الإثبات بالمعنى القانوني هو الإثبات القضائي الذي يقوم على أساس الدليل أمام القضاء، وبالطرق التي حددها القانون على واقعة قانونية متنازع عليها، فهو بذلك يتميز عن الإثبات بمعناه العام الذي لا يشترط أن يكون أمام القضاء، ولا أن يكون بطرق محددة.

– المقارنة: من خلال التعريفين –الفقهي والقانوني– يتضح أن الإثبات لا يصحّ إلاّ إذا كان أمام القضاء، وبالطرق التي نص عليها الفقه الإسلامي أو القانون، كما يجب أن يكون على أمر متنازع فيه، وبالتالي فإن الإثبات في القانون قريب من المعنى الفقهي، فكلاهما– الإثبات الفقهي والقانوني – يدلان على الوصول إلى الحقيقة والبحث عنها، كما أنهما يحفظان حقوق العباد والبلاد من الظلم والجور، ويفصلان النزاعات والخصومات الناجمة بين الأفراد.

ثانيا: تعريف نظام الإثبات باعتباره علما لقبا

من خلال النظر إلى المعنى الاصطلاحي لكل من كلمة نظام وكلمة الإثبات يتبين لنا معنى نظام الإثبات باعتباره مركبا إضافيا بأنه: مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات التي تحدد كيفية إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة أو القانون على حق أو واقعة متنازع فيها تترتب عليها آثار شرعية أو قانونية.

1– السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات– آثار الالتزام)، (د.ت.ط)، 13/2– 14.

2– نشأت أحمد، رسالة الإثبات، (د.ط)، ط: 2008م، 29/1.

3– أشار إلى هذا التعريف مناني فراح، ينظر: مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى– عين مليلة– الجزائر، (د.ت.ط)، ص08.

4– المرجع نفسه، ص08.

***شرح التعريف:**

-**مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات:** الأوامر والنواهي صيغتان يكونان على سبيل الطلب، فالأمر هو اللفظ المستعمل لطلب الفعل على وجه الاستعلاء، والنهي هو اللفظ المستعمل لطلب الترك على وجه الاستعلاء، والإرشادات هي التوجيهات التي بها يتوصل إلى تحقيق الغرض المقصود من الإثبات، والمتمثل في إقامة العدل ورد المظالم إلى أهلها.

-**إقامة الحجة:** يراد بها أن يستند نظام الإثبات إلى إقامة الدليل والبرهان؛ لقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: «**لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[1]، قال ابن قيم الجوزية –رحمه الله-: "وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد، لم يوف مسماها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة"[2].

-**أمام القضاء:** أن يكون الإثبات أمام القضاء؛ لأن به يتم إثبات الحكم وتنقطع الخصومة، ولأن بعض وسائل الإثبات كالشهادة واليمين لا تعتبر حجة إلا بقضاء القاضي بها[3] .

- **بالطرق التي حددتها الشريعة أو القانون:** أن يكون الإثبات بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية بالنص، أو الإجماع، أو الاجتهاد والاستنباط، أو بمقتضى الدليل الذي أباحه القانون.

-**حق أو واقعة متنازع فيها:** ويقصد به محل الإثبات، وهو الحق المتنازع فيه، وإثبات الحق المتنازع فيه إما أن ينصب على الحق المطلق، وهو المجرد عن السبب كالتنازع في دين أو عين، وإما أن يقع على

1- أخرجه البيهقي عن ابن عبّاس -رضي الله عنه-، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث: [21201]، ينظر: البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية-بيروت، ط3: 2003م، 427/10. صححه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت، ط2: 1985م، 357/6.

2- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد- مكة المكرمة، ط1: 1432هـ، 25/1.

3- الزحيلي، وسائل الإثبات، ص53.

مصدر الحق، وهو السبب المنشئ له كالتنازع في عقد، أو إتلاف، أو واقعة مادية كالولاية، فمحل الإثبات إما أن يكون حقا أو سببا منشئا للحق، والأسباب المنشئة للحق يطلق عليها مصادر الحق[1].

- **تترتب عليها آثار شرعية أو قانونية:** أن يكون للشريعة الإسلامية والقانون أثر على الواقعة المراد إثباتها حتى يكون الإثبات منتجا.

الفرع الثاني: أهمية نظام الإثبات

يعتبر الإثبات من الموضوعات التي لا يمكن لأي قاضي كان مدنيا أم جنائيا أن يستغني عنه في الغالب؛ لأنه المعيار الأساسي في معرفة الحقائق والوقائع المتنازع فيها، لذا تكمن أهميته فيما يلي:

أولا: إظهار الحق والصواب فيما اختلف فيه من الأحكام والأقضية التي تحتاج إلى إثبات عن طريق البراهين والبينات؛ إذ يهتم الشارع الحكيم بأن يوصل كل حق متنازع فيه إلى صاحبه ودفع يد الظلم والعدوان، ومنعها من أن تمتد أو تعتدي على حقوق الآخرين سواء في دمائهم أو أعراضهمأو أموالهم[2].

ثانيا: يدخل الإثبات في العلاقات والمجالات الشخصية والمدنية والتجارية؛ لذا يعتبر الوسيلة الأساسية للحصول على الحقوق ولإلزام الآخرين بالواجبات[3].

ثالثا: يشكل الإثبات جانبا مهما في استقرار الحياة عموما ومرفق القضاء خصوصا، فعليه يقوم القضاء العادل وإليه يركن، وبه يظهر، كما تصان به الحقوق والنفوس والدماء، فيرفع الظلم عن المظلومين ويمنع من الجور الجائرون، ومن التشهي المزاجيون[4].

وخلاصة القول: إن الشريعة الإسلامية أعطت للإثبات أهمية بالغة، وذلك حفظا للحقوق وصيانة الأنفس والأعراض والأموال وإقامة العدل ومنع الظلم والاعتداء، وهذا ما نلمسه في حديث

1- الزحيلي، وسائل الإثبات، ص61-62.

2- أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، دار ابن حزم –بيروت، ط2: 2010م، ص35 .

3- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، ص09.

4- الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات–دراسة فقهية قانونية مقارنة-، دار النفائس–بيروت، ط1: 2012م، ص28.

رسـول الله –صـلى الله عليه وسـلم– الذي رواه ابن عبّاس –رضـي الله عنـه– « **لَـوْ يُعْـطَى النَّـاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، وَلَكِنَّ البَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَاليَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[1].

كما أن القانون الوضعي اعتنى بنظام الإثبات أيّما اعتناء، فنصت عليه الشـرائع والقـوانين منذ أقـدم الأزمنـة، وبرز جليا وواضحا في العصور الحديثة، ففي القانون المدني الجزائري تحدث على طرق الإثبات في خمسة فصول من الباب السادس في إثبات الالتزام:

1- في الإثبات بالكتابة في المواد من323 إلى 332.

2- في الإثبات بالبينة في المواد من333 إلى 336.

3- في القرائن في المواد من337 إلى 340.

4- في الإقرار في المواد من 341 إلى 342.

5- في اليمين في المواد من343 إلى 350 وفي المادة 324 تعرض إلى الورقة الرسمية، وفي المادة327 تعرض إلى الأوراق العرفية، وفي المادة 329 وفي المادة 330 تكلم على الرسائل والدفاتر التجارية، وذلك في نطاق الإثبات بالكتابة[2].

أمّا قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م فقد نظم الطرق التي يجوز إثبات الوقائع المدعاة بها، وهذه الطرق كما وردت بهذا القانون هي الكتابة، وعرض لها في الباب الثاني في المواد من 10 إلى 59، وشهادة الشهود وتناولها في الباب الثالث في المواد من 60 إلى 98، وعرض في الباب الرابع منه للقرائن وحجية الأمر المقضي في المواد 99 إلى 102، وفي الباب الخامس عرض للإقرار واستجواب الخصوم في المواد 103 إلى 113، ثم عرض لليمين في الباب السادس فيالمواد من 114 إلى 130، وفي الباب السابع عرض للمعاينة في المواد من 131 إلى 134، وفي الباب الثامن عرض للخبرة في المادة 135 وما بعدها حتى المادة 163 وهي آخر مواد القانون[3].

1- سبق تخريجه، ينظر: ص25.

2- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 75-58، المؤرخ في: 20 رمضان 1393هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المتعلق بالقانون المدني والمعدل والمتمم بالقانون 07-05، المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428هـ، الموافق لـ13ماي 2007م، ينظر: الجريدة الرسمية، عدد: 31، الصادرة بتاريخ: 26-06-2005م.

3- قانون رقم: 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية معدلا بالقانون 23 لسنة 1992م، والقانون 18 لسنة 1999م، ينظر: الجريدة الرسمية، عدد: 22، الصادرة بتاريخ: 30-05-1968م.

أمّا قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد فقد عرض لهذه الطرق في الباب الثالث منه المخصص للإثبات، فبعد أن تناول في الفصل الأول من الباب المذكور الأحكام العامة في الإثبات عرض في الفصول التالية لطرق الإثبات، فتناول في الفصل الثاني الإثبات بالكتابة في المواد من 143 إلى 209، ثم عرض للإقرار واستجواب الخصوم في الفصل الثالث في المواد من 210 إلى 234 ، ثم تناول في الفصل الرابع في المواد من 235 إلى 253 اليمين، ثم في الفصل الخامس وفي المواد من 254 إلى 298 عرض لشهادة الشهود . وعرض بعد ذلك في الفصل السادس للقرائن وحجية القضية المحكوم بها في المواد من 299 إلى 312، وتناول أخيرا في الفصل الثامن الخبرة في المواد من 313 إلى 362[1].

المطلب الثاني: موقف فقهاء الإسلام والقانون في إطلاق وتقييد نظام الإثبات

يرجع الخلاف في طرق الإثبات إلى اختلاف العلماء في طبيعة نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، هل هو مقيد، بحيث لا يجوز للقاضي أو الخصوم اللجوء إلى طرق أخرى في إثبات الأحكام والحقوق أم أنه مطلق، فيصح لكل من القاضي والخصوم أن يثبتوا الحق بأي طريقة يرونها مناسبة ومقنعة ؟

وعلى هذا الأساس ظهر اتجاهان في الفقه الإسلامي، وثلاثة اتجاهات في القانون الوضعي.

الفرع الأول: موقف فقهاء الإسلام في إطلاق وتقييد نظام الإثبات

أولا: مذهب تقييد نظام الإثبات

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والظاهرية[5] إلى أن طرق الإثبات مقيدة

1- محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط: 2003م، ص 106-107.

2- ابن نجيم، الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1999م، ص210.

3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح: خالد العطار، دار الفكر –بيروت، (د.ط)، ط: 2001م، 379/2. ابن جزي، القوانين الفقهية، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، ط: 2009م، ص253.

4- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1994م، 399/6.

5- ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر – بيروت، (د.ت.ط)، 106/11.

ومحصورة، فلا يجوز للقاضي أو الخصوم اللجوء إلى طرق أخرى في إثبات الأحكام والحقوق، غير أنهم اختلفوا في تحديد عدد هذه الطرق، فبعضهم توسع في ذلك كما هو الحال عند المالكية[1]، وبعضهم ضيقها كما هو عند الظاهرية[2]، وبعضهم توسط في عدد طرق الإثبات كما هو عند الحنفية[3]، واستدلوابالكتاب والسنة والمعقول.

1-الكتاب:

أ- قال تعالى: ﴿وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ ۚ﴾[4].

ب- قال تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[5].

ت- قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾[6].

فهذه الآيات الكريمة أمر في الإشهاد في المداينات والمعاملات والنكاح وغيرها، وهي تدل على طلب الكتابة، والبينة (شهادة الشهود)، والإقرار عند الإثبات أمام القضاء، فيجب الوقوف عند هذه النصوص وعدم مجاوزتها[7].

1- قال القرافي في كتابه الفروق: "جاء في الحجاج التي يقضي بها الحاكم سبع عشرة حجة: الشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين والمرأتان، واليمين والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا، ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه، والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقُمُطُ الحيطان وشواهدها، واليد، فهذه هي الحجاج التي يقصي بها الحاكم، وما عداه لا يقضي به عندنا". ينظر: القرافي، الفروق وبحاشيته إدرار الشروق على أنوار الفروق للإمام ابن الشّاط، تحقيق: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2: 2011م، 156/4.

2- ذكر ابن حزم في كتابه المحلى: وهذا هو الحق المفترض على الحكام المتيقّنُ أنّ الله تعالى أمرهم به،.... الحكم بالبيّنة، أو الإقرار، أو اليمين حاكم بالحق المتيقّن لا بالظّن. ينظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، 106/11.

3- الحجّة بينة عادلة أو إقرار أو نكول عن يمين أو يمين أو قسامة أو علم القاضي بعد توليته أو قرينة قاطعة. ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص 210.

4- سورة البقرة، الآية: 282.

5- سورة البقرة، الآية: 282.

6- سورة النساء، الآية: 135 .

7- الزحيلي، وسائل الإثبات، ص 606.

2- السنة:

أ- عن ابن عبّاس-رضي الله عنهما-أنّ النّبيّ-صلّى اللّه عليه وسلّم- قال: «**لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[1].

ب-عن ابن عباس- رضي الله عنهما- قَالَ: لَمَّا أَتَى مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ النبي - صلى الله عليه وسلم- قال له: «**لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ، أَوْ نَظَرْتَ**» قَالَ: لاَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «**أَنِكْتَهَا**»، لاَ يَكْنِي، قَالَ: نَعم فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ[2].

ت-عن ابن عباس- رضي الله عنهما- أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي-صلى الله عليه وسلم- بشريك بن سحماء فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «**البَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ**»، فَقَالَ: يا رسول اللَّه، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا، ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل يقول: «**البَيِّنَةَ وَإِلَّا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ**» فَذَكَرَ حَدِيثَ اللِّعَانِ[3].

ث-عن الأشعث بن قيس قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى رسول اللّه صلّى الله عليه وسلّم، فقال رسول اللّه: «**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**»[4].

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- بيّن وسائل الإثبات، وهي اليمين، والإقرار، والبينة وفسرها بشهادة الشهود بقوله ألك بينة ؟ وفي رواية شاهداك أو يمينه، وبالتالي لا يجوز للقاضي أو الخصوم اللجوء إلى طرق أخرى في إثبات الأحكام والحقوق.

3- المعقول: إن نظام القضاء يقتضي أن يكون الإثبات مقيدا بوسائل معينة تطمئن إليها نفوس

1- سبق تخريجه، ينظر: ص25.

2- أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام للمقرّ: لعلك لمست أو غمزت، رقم الحديث: [6824]، ينظر: البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وسننه وأيامه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، المطبعة السلفية ومكتبتها- القاهرة، ط1: 1400هـ، 256/4.

3- أخرجه البخاري، كتاب الشهادات، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، رقم الحديث:[2671]، 259/2.

4- أخرجه البخاري، كتب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم الحديث:[2516]، 211/2-212

النّاس؛ لأن إطلاق طرق الإثبات يعرض أموال الناس وأرواحهم للضياع والإتلاف بين يدي القضاة الظالمين استنادا إلى أمارة ضعيفة وغيرها من القرائن الواهية، كما يمكن فتح الباب أمام أصحاب الدعاوى الباطلة الذين يتلاعبون بالحقوق وينصبون على أموال الناس[1].

* **مناقشة الأدلة:** ويجاب على أدلة الجمهور بما يلي:

– إن هذه الآيات يُستدل بها على حفظ حقوق الناس وضبطها لا على طرق الإثبات، كما لا يوجد نص صريح يحدد طرق الإثبات ويحصرها في عدد معين، وفي هذا الصدد يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "القرآنلم يذكر الشاهدين، والرجل والمرأتان في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم، وإنما ذكر هذين النوعين من البينات في الطرق التي يحفظ بها الإثبات حقه، فقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[2]، فأمرهم سبحانه وتعالى بحفظ حقوقهم بالكتاب وأمر من عليه الحق أن يمل الكاتب فإن لم يكن ممن يصح إملاؤه أملى عنه وليه، ثم أمر من له الحق أن يشهد على حقه رجلين، فإن لم يجد فرجل وامرأتان، ثم نهى الشهداء المحتملين للشهادة عن التخلف عن إقامتها إذا طلبوا لذلك، ثمّ رخّص لهم في التّجارة الحاضرة: ألّا يكتبوها ثمّ أمرهم بالإشهاد عند التّبايع، ثمّ أمرهم إذا كانوا على سفر – ولم يجدوا كاتبا – أن يستوثقوا بالرّهان المقبوضة، كل هذا نصيحة لهم وتعليم وإرشاد لما يحفظونه به حقوقهم، وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء، فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين، والشاهد والمرأتين، فإن الحاكم يحكم بالنكول واليمين المردودة ولا ذكر لهما في القرآن، فإن كان الحكم بالشاهد الواحد واليمين مخالفا لكتاب الله، فالحكم بالنكول والرد أشد مخالفة"[3].

1- أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية مع اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون، المكتبة الأزهرية للتراث، ط4: 2003م، ص41. الزحيلي، وسائل الإثبات، ص607.

2- سورة البقرة، الآية: 282.

3- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 182/1-183 .

– أمَّا الأحاديث التي استدل بها الجمهور على أن البينة هي شهادة الشهود، فهذا إجحاف وتقصير في المعنى الحقيقي لها، بل إن شهادة الشهود تعتبر إحدى أنواع البينة، وهذا ما أثبته شيخ الإسلام ابن تيمية– رحمه الله– بقوله في كتابه مجموع الفتاوى: "وتكون البينة تارة بشهادة عدلين، وتارة برجل وامرأتين، وتارة أربع شهداء، وتارة بثلاثة عند بعض العلماء، وتارة تكون شاهدا ويمين الطالب عن جمهور فقهاء الإسلام من أهل الحجاز وفقهاء الحديث، وتارة بنساء، وتارة غير ذلك...، وتارة باللوث[1] واللطخ[2].....والشبهة[3]"[4]

– أمّا استدلالهم بالمعقول فيجاب عليه بأن حصر طرق الإثبات قد يؤدي إلى ضياع وإتلاف حقوق وأموال الناس بالباطل مع إمكانية وجود أمارات صحيحة وقرائن قوية تثبت لأصحاب الدعاوى حقوقهم؛ لأن الشريعة الإسلامية جاءت لتحفظ حقوق الناس وتصونها، يقول ابن قيم الجوزية —رحمه الله–: "والمقصود أن الشريعة لا ترد حقا ولا تكذب دليلا ولا تبطل أمارة صحيحة، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق ولم يأمر برده جملة، فإن الكافر والفاسق قد يقوم على خبره شواهد الصدق فيجب قبوله والعمل به، وقد استأجر النبي –صلى الله عليه وسلم– في سفر الهجرة دليلاً مشركًا على دين قومه، فأمنه ودفع إليه راحلته[5]، فلا يجوز لحاكم ولا لوال رد الحق بعد ما تبين

1– **اللَّوْثُ**: بالفتح البيِّنة الضّعيفة غير الكاملة، وهوالقوّة والشَّر وشبه الدّلالة على حدث من الأحداث ولا يكون بيِّنة تامّة، يقال لم يقم على اتهام فلان بالجناية إلا لوث والجراحات والمطالبات بالأحقاد. ينظر: أحمد الفيومي، المصدر السابق، ص339.

2– **اللَطَخ**: يقال: لطخت الشّيء بالشّيء، وسكران ملطخٌ؛ أي: مختلط، ولطخ فلان بشيء: عيب به. ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر– بيروت، ط: 1979م، 251/5.

3– **الشبهة: لغة**: الِالْتِبَاسُ. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، ص293.

اصطلاحا: ما التبسن أمره، فلا يدري أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل. ينظر: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر– بيروت، ط2: 1988م، ص189.

4– ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ط: 1995م، 394/35.

5– أخرجه البخاري، عن عائشة –رضي الله عنها–: « **وَاسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدِّيلِ، ثُمَّ مِنْ بَنِي عَبْدِ بْنِ عَدِيٍّ هَادِيًا خِرِّيتًا – الخِرِّيتُ: المَاهِرُ بِالهِدَايَةِ – قَدْ غَمَسَ يَمِينَ حِلْفٍ فِي آلِ العَاصِ بْنِ وَائِلٍ، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، فَأَمِنَاهُ فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلاَثِ لَيَالٍ، فَأَتَاهُمَا بِرَاحِلَتَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيَالٍ ثَلاَثٍ، فَارْتَحَلاَ وَانْطَلَقَ مَعَهُمَا عَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ، وَالدَّلِيلُ الدِّيلِيُّ، فَأَخَذَ بِهِمْ أَسْفَلَ مَكَّةَ وَهُوَ طَرِيقُ السَّاحِلِ** ». ينظر: كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضَّرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، رقم الحديث:[2263]، 130/2-131.

وظهرت أمارته لقول أحد من الناس"[1].

ثانيا: مذهب إطلاق نظام الإثبات

ذهب بعض العلماء كابن فرحون[2] وابن تيمية[3] وتلميذه ابن القيم[4] والشوكاني[5]إلى أن طرق الإثبات مطلقة، فيصح لكل من القاضي والخصوم أن يثبتوا الحق بأي طريقة يرونها مناسبة ومقنعة، واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

1- الكتاب

أ- قال تعالى: ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ﴾[6].

ب- قال تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ ﴾[7].

وجه الاستدلال من الآيتين الكريمتين هو أن لفظ البينة في كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد لم يوف مسماها، ولم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان، وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة[8].

ث- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا۟ أَن تُصِيبُوا۟ قَوْمًۢا بِجَهَٰلَةٍ فَتُصْبِحُوا۟ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ ﴾[9].

1- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 1/63-64.

2-ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، خرج أحاديثه وعلّق عليه: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1995م، 1/172.

3-ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 35/395.

4- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 1/63-64. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1991م، 1/71.

5- الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: محمد بن الجميل، دار المستقبل، دار الإمام مالك- الجزائر، ط1: 2005م، 8/311-312.

6- سورة البينة، الآية: 04.

7- سورة الحديد، الآية: 25.

8- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية،1/25.

9- سورة الحجرات، الآية: 06 .

وجه الدلالة من الآية أن خبر الفاسق يجب فيه التثبت والتبين، فإن دلت القرائن على صدقه عمل به، وإن دلت على كذبه ولم يعمل به، وفي هذا الصدد يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله- والمقصود: أن الشريعة لا ترد حقا ولا تكذب دليلا ولا تبطل أمارة صحيحة، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق ولم يأمر برده جملة، فإن الكافر والفاسق قد يقوم على خبره شواهد الصدق فيجب قبوله والعمل به[1].

ج- قوله تعالى: ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًاۖ فَصَبْرٌ جَمِيلٌۖ وَٱللَّهُ ٱلْمُسْتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ ﴾[2].

قال العلامة ابن فرحون: "هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات، قال عبد المنعم بن الفرس: رُوي أن إخوة يوسف عليه الصلاة السلام لما أتوا بقميصه إلى أبيهم تأمله، فلم ير فيه خرقا ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان الذئب حليما يأكل يوسف ولا خرق قميصه"[3].

2- السنة:

أ-عن أبي قتادة- رضي الله عنه-قال: «**خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَ حُنَيْنٍ، فَلَمَّا التَقَيْنَا كَانَتْ لِلْمُسْلِمِينَ جَوْلَةٌ، فَرَأَيْتُ رَجُلًا مِنَ المُشْرِكِينَ قَدْ عَلاَ رَجُلًا مِنَ المُسْلِمِينَ، فَضَرَبْتُهُ مِنْ وَرَائِهِ عَلَى حَبْلِ عَاتِقِهِ بِالسَّيْفِ فَقَطَعْتُ الدِّرْعَ، وَأَقْبَلَ عَلَيَّ فَضَمَّنِي ضَمَّةً وَجَدْتُ مِنْهَا رِيحَ المَوْتِ، ثُمَّ أَدْرَكَهُ المَوْتُ فَأَرْسَلَنِي، فَلَحِقْتُ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ فَقُلْتُ: مَا بَالُ النَّاسِ؟ قَالَ: أَمْرُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، ثُمَّ رَجَعُوا، وَجَلَسَ النَّبِيُّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، فَقَالَ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ سَلَبُهُ» فَقُلْتُ: مَنْ يَشْهَدُ لِي، ثُمَّ جَلَسْتُ، قَالَ: ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِثْلَهُ، فَقُمْتُ، فَقُلْتُ: مَنْ يَشْهَدُ لِي، ثُمَّ جَلَسْتُ، قَالَ: ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- مِثْلَهُ، فَقُمْتُ، فَقَالَ: «مَا لَكَ يَا أَبَا قَتَادَةَ؟». فَأَخْبَرْتُهُ، فَقَالَ رَجُلٌ: صَدَقَ، وَسَلَبُهُ عِنْدِي، فَأَرْضِهِ مِنِّي، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لاَهَا اللَّهِ إِذًا، لاَ يَعْمِدُ إِلَى أَسَدٍ مِنْ أُسْدِ اللَّهِ، يُقَاتِلُ عَنِ اللَّهِ**

1- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 25/1.

2- سورة يوسف، الآية: 18 .

3- ابن فرحون، المرجع السابق، 173/1 .

وَرَسُولِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَيُعْطِيَكَ سَلَبَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «صَدَقَ، فَأَعْطِهِ». فَأَعْطَانِيهِ، فَابْتَعْتُ بِهِ مَخْرَفًا فِي بَنِي سَلِمَةَ، فَإِنَّهُ لَأَوَّلُ مَالٍ تَأَثَّلْتُهُ فِي الإِسْلاَمِ»[1].

وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أن الرسول –صلى الله عليه وسلم– دفع السلب إلى أبي قتادة بقول واحد دون اليمين، فدل على أنه يقبل فيه الشاهد الواحد، وهذا لما ظهر صدق أبي قتادة لرسول الله صلى الله عَلَيْهِ وَسلم بشهادة الرجل وذكر القصة اكتفى بذلك[2].

ب– عن صالح بن إبراهيم بن عبد الرّحمن بن عوف، عن أبيه، عن جدّه، قال: « **بَيْنَا أَنَا وَاقِفٌ فِي الصَّفِّ يَوْمَ بَدْرٍ، فَنَظَرْتُ عَنْ يَمِينِي وَعَنْ شِمَالِي، فَإِذَا أَنَا بِغُلاَمَيْنِ مِنَ الأَنْصَارِ – حَدِيثَةٍ أَسْنَانُهُمَا، تَمَنَّيْتُ أَنْ أَكُونَ بَيْنَ أَضْلَعَ مِنْهُمَا – فَغَمَزَنِي أَحَدُهُمَا فَقَالَ: يَا عَمِّ هَلْ تَعْرِفُ أَبَا جَهْلٍ؟ قُلْتُ: نَعَمْ، مَا حَاجَتُكَ إِلَيْهِ يَا ابْنَ أَخِي؟ قَالَ: أُخْبِرْتُ أَنَّهُ يَسُبُّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَئِنْ رَأَيْتُهُ لاَ يُفَارِقُ سَوَادِي سَوَادَهُ حَتَّى يَمُوتَ الأَعْجَلُ**[3] **مِنَّا، فَتَعَجَّبْتُ لِذَلِكَ، فَغَمَزَنِي الآخَرُ، فَقَالَ لِي مِثْلَهَا، فَلَمْ أَنْشَبْ أَنْ نَظَرْتُ إِلَى أَبِي جَهْلٍ يَجُولُ فِي النَّاسِ، قُلْتُ: أَلاَ إِنَّ هَذَا صَاحِبُكُمَا الَّذِي سَأَلْتُمَانِي، فَابْتَدَرَاهُ بِسَيْفَيْهِمَا، فَضَرَبَاهُ حَتَّى قَتَلاَهُ، ثُمَّ انْصَرَفَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَخْبَرَاهُ فَقَالَ: «أَيُّكُمَا قَتَلَهُ؟»، قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا قَتَلْتُهُ، فَقَالَ: «هَلْ مَسَحْتُمَا سَيْفَيْكُمَا؟»، قَالاَ: لاَ، فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ، فَقَالَ: «كِلاَكُمَا قَتَلَهُ، سَلَبُهُ لِمُعَاذِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الجَمُوحِ»**[4].

1– أخرجه البخاري، كتاب المغازي، بَاب قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿**وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ فَلَمْ تُغْنِ عَنْكُمْ شَيْئًا وَضَاقَتْ عَلَيْكُمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ ثُمَّ وَلَّيْتُمْ مُدْبِرِينَ ثُمَّ أَنْزَلَ اللَّهُ سَكِينَتَه ُإِلَى قَوْلِهِ غَفُورٌ رحِيمٌ**﴾، رقم الحديث: [4321]، 155/3-156.

2– ابن فرحون، المرجع السابق،173/1.

3– **الأَعْجَل**: ع ج ل: قوله حتّى يموت الأعجل منا كذا الرّواية في الصّحيحين وهو الصّحيح وقال بعض المتعقبين صوابه الأعجز بالزاي ولم يقل شيئا بل جهل الكلمة، وهي كلمة تستعملها العرب بمعنى الأقرب أجلا وهو من العجلة والاستعجال وهو سرعَة الشّيء ومن أمثالهم في التجلد على الشّيء والصّبر قولهم ليتني وفلانا يفعل بنا كذا وكذا حتّى يموت الأعجل. ينظر: عياض أبو الفضل، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث، (د.ت.ط)، 68/2.

4– أخرجه البخاري، كتاب فرض الخمس، باب من لم يُخَمِّس الأسلاب، ومن قتل قتيلا فله سلبه من غير أن يخمس وحكم الإمام فيه، رقم الحديث: [3141]، 400/2-401.

وجه الاستدلال بهذا الحديث هو اعتماد النبي -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- في قضائه بسلب القتيل على وجود أثر الدم في السيف[1].

ج- عن عائشة قالت دخل عليّ رسول اللَّه – صلى الله عليه وسلم – ذات يوم وهو مسرور فقال: «**يَا عَائِشَةُ أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيِّ دَخَلَ عليَّ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ[2]، قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ**»[3].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي- صلى الله عليه وسلم – أجاز عمل القائف[4] في إثبات النسب؛ بدليل أن هذا القائف قضى بإلحاق نسب أسامة لزيد مع اختلاف اللون مما سُرَّ النبي – صلى الله عليه وسلم – بذلك لكونه كَافًّا لهم عن الطعن فيه لاعتقادهم ذلك[5].

3- المعقول:

يقول ابن قيم الجوزية–رحمه الله-: "وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد، لم يوف مسماها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، وكذلك قول النبي-صلى الله عليه وسلم-: «**البينة على المدعي**»[6]، المراد به أن عليه بيان ما يصحح دعواه ليحكم له والشاهدان من البينة، ولاريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها لدلالة الحال على صدق

1- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، 174/1 .

2- **قطيفة**: هو كسَاء ذو خمل وجمعه قطائف وهي الخميلة أيضا. ينظر: عياض أبو الفضل، المصدر السابق، 184/2.

3- أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم الحديث: [2771]، 244/4. وأخرجه مسلم، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، رقم الحديث: [1459]، ينظر: مسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي –بيروت، (د.ت.ط)، 1082/2.

4- **القائف**: الذي يعرف الآثار والجمع (القافة)، يقال: قاف أثره من باب قال إذا تبعه، وَيعرف شبه الرجل فِي وَلَده وأخيه. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، ص482. ابن قتيبة، غريب الحديث، تحقيق: عبد الله الجبوري، مطبعة العاني – بغداد، ط1: 1397هـ، 519/2.

5- ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه، محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة – بيروت، 1379هـ، 57/12.

6- سبق تخريجه، ينظر: ص27.

المدعي فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة متقاربة في المعنى"[1]،وقال أيضا: " فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له"[2].

*** مناقشة الأدلة:**

– إن لفظ البينات في الآية الكريمة لا تدل على اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وإنما تدل على معنى آخر، يقول الإمام القرطبي –رحمه الله–:"في قوله تعالى:﴿لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَا رُسُلَنَا بِٱلۡبَيِّنَٰتِ ﴾[3]؛ أي: بالمعجزات البينة والشرائع الظاهرة، وقيل: الإخلاص لله تعالى في العبادة، وإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة؛ بذلك دعت الرسل نوح فمن دونه إلى محمد—صلى الله عليه وسلم–"[4].

–إن الآية الكريمة التي استدلوا بها إنما تدل على عدم تصديق الفاسق في خبره، ويفسر هذا سبب نزول الآية الكريمة في الوليد بن عقبة بن أبي معيط، وقد أرسله النبي–صلى الله عليه وسلم– إلى بني المصطلق من خزاعة ليأتيه بصدقات أموالهم، فلما سمعوا به تلقوه فرحا به، فخاف منهم وظن أنهم يريدون قتله، فرجع إلى نبي الله –صلى الله عليه وسلم– وزعم له أنهم منعوا الصدقة وأرادوا قتله، فقدم وفد منهم إلى النبي –صلى الله عليه وسلم– فأخبروه بكذب الوليد فأنزل الله هذه الآية[5].

1– ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 1/25-26.

2– المصدر نفسه، 1/31.

3– سورة الحديد، الآية: 25.

4– القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، اعتنى به: الشيخ هشام سمير البخاري، دار إحياء التراث العربي– بيروت، ط1: 2002م، 17/168 .

5– الشنقيطي، أضواء البيان في لإيضاح القرآن بالقرآن، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد– مكة المكرمة، ط3: 1433هـ، 7/663.

–أمّا استدلالهم بحديث أبي قتادة في القضاء بشاهد واحد فليس ذلك قضاء بشهادته، وإنما بقرائن الأحوال التي أحاطت بالشهادة أو بالأمارات التي أظهرت الواقعة، وجعلت الحاكم يقنع بالشاهد والقرائن المحيطة به، ولذلك قال أبو داود بقبول شهادة الواحد إذا علم صدقه، وعلى هذا الأساس تخرج قصة أبي قتادة في السلب وغيرها من الحالات[1]،وأمّا حديث القافة، واللطخ[2] يدخل في باب القرائن، وجمهور الفقهاء يجعلونها من طرق الإثبات التي تفيد التوثيق وإثبات الحق المتنازع فيه، قال القرافي في كتابه الفروق: جاء في الحجاج التي يقضي بها الحاكم سبع عشرة حجة: الشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين والمرأتان، واليمين والشاهد والنكول[3]، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا، ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه، والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط الحيطان[4] وشواهدها، واليد، فهذه هي الحجاج التي يقصي بها الحاكم، وما عداه لا يقضي به عندنا[5].

–أمّا استدلالهم بالمعقول فقد أخذ عليه وهبة الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات بقوله: لا نسلم لابن القيم إطلاقه في قبول أي دليل يقدم، أو الاقتناع بأية أمارة تظهر، أو التحرر من القيود والشروط والصفات التي وردت فيها النصوص كالعدد في الشهادة والعدالة في الشهود والذكورة في بعض الحالات؛ لأنها تعارض النصوص الثابتة فلا يقبل الشاهد الواحد في الإثبات لمعارضة الآيات الكريمة

1- الزحيلي، وسائل الإثبات، ص 612 .

2- **لطخ**: لطّخه بالشّيء يلطخه لطخا ولطّخه، ولطخت فلانا بأمر قبيح: رميته به. وتلطّخ فلان بأمر قبيح: تدنّس، وهو أعم من الطّلخ. واللُّطاخة: بقيّة اللّطخ. ورجل لطخ: قذر الأكل. ولطخه بشرٍّ يلطَخُه لطْخا أي لوّثه به فتلوّث وتلطّخ به فعله. ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، 200/13.

3- **النكول**: امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها قوله، أدخل نكول المدَّعي والمدّعى عليه وهو ظاهر وقوله امتناع قالوا يتقرّر بالتّصريح مثل قوله لا أحلِف أو يتمادى على عدم اليمين والضّمير فِي منها يعود على اليمين. ينظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1: 1993، ص611.

4- **قمط**: جمعه قُمُطٌ، مثل كِتَابٍ وَكُتُبٍ وتحاكم رجلان إلى القاضي شريحٍ في خُصٍّ تنازعاه فقضى به للّذي إليه الْقُمُطُ وهي الشُّرُطُ جمع شريط وهو ما يعمل من لِيف وخُوصٍ وقيل الْقُمُطُ الخشُبُ التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه يشدّ إليها حَرَادِيُّ القصب أو رؤوسه. ينظر: الفيومي، المصدر السابق، ص311.

5- القرافي، الفروق، 156/4.

التي اطردت على ذكر النصاب في الشهادة، قال تعالى:﴿ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[1]، وقال أيضا:﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾[2]، وقيد الرسول الكريم نصاب الشهادة في القضاء[3].

ثالثا: الراجح

من خلال النظر في أدلة الفريقين يتبين أن منشأ الخلاف يرجع إلى اختلافهم في معنى البينة، هل يراد بها شهادة الشهود أم أنها اسم لكل ما يبين الحق ويظهره؟

وعلى هذا الأساس يبدو أن الراجح في المسألة –والله أعلم– رأي أصحاب الاتجاه الثاني لقوة أدلتهم في أن طرق الإثبات مطلقة؛ باعتبار إن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وهذا يتماشى مع مبدأ تحقيق العدالة ومقاصد الشريعة الإسلامية التي تسعى إلى إثبات حقوق الناس ورفع الظلم عنهم، ولاسيما في عصرنا الحاضر الذي تطور فيه العلم وأصبحت الوسائل الحديثة أقوى وأدق في معرفة وإثبات الوقائع والحقوق المتنازع فيها، وحصر البينة على طرق معينة يؤدي إلى تعطيل كثير من حقوق الناس؛ لأن إحضار هذه الطرق أصبح شبه مستحيل، وذلك لتفشي ظاهرة الكذب وذهاب الوازع الديني في نفوس الناس، كما أنه لا يوجد دليل قطعي على حصر طرق الإثبات، والنصوص التي وردت في طرق الإثبات ليست على سبيل الحصر، وإنما هي على سبيل البيان والتوضيح في قضايا الحكم، كما أنه لا يمكن أن تفسر البينة بالشهود في قوله –صلى الله عليه وسلم– «**ألك بينة ؟ وفي رواية شاهداك أو يمينه**»[4]؛ لأن النبي –صلى الله عليه وسلم– خص الشاهدين باعتبار الأغلب والأكثر، يقول ابن حجر: "وأجيب بأن المراد بقوله –صلى اللّه عليه وسلّم– شاهداك أي بيِّنتك سواء كانت رجلين، أو رجلا وامرأتين، أو رجلا ويمين الطالب، وإنما خص الشاهدين بالذكر؛ لأنه الأكثر الأغلب، فالمعنى شاهداك أو ما يقوم مقامهما، ولو لزم من ذلك رُدَّ الشاهد واليمين لكونه لم يذكر، للزم رد الشاهد والمرأتين لكونه لم يذكر، فَوَضَحَ التأويل المذكور والملجئ إليه ثبوت الخبر باعتبار

1– سورة البقرة، الآية: 282 .

2– سورة الطلاق، الآية: 2

3– الزحيلي، وسائل الإثبات، ص 612

4– سبق تخريجه، ينظر: ص30.

الشّاهد واليمين، فدل على أن ظاهر لفظ الشاهدين غير مراد، بل المراد هو أو ما يقوم مقامه"[1].

وعليه فإن التوسع في طرق الإثبات هو الموصل إلى حل المشكلات والقضايا المتنازع فيها، لا سيما إذا قيدت هذه الطرق بضوابط واضحة وقواعد دقيقة مع وجود كفاءة علمية ومهنية للقضاة في استعمالهم لهذه الطرق، وفي هذا الصدد يقول ابن قيم الجوزية—رحمه الله-: "هذه مسألة كبيرة عظيمة النفع جليلة القدر إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقا كثيرا وأقام باطلا كثيرا، وإن توسع فيها وجعل مُعَوِّلَهُ عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد"[2]، وقال أيضا: "فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده وفي القرائن[3] الحالية والمقالية، كفقهه في كليات الأحكام أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه لا يشكون فيه اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله، فههنا نوعان من الفقه لابد للحاكم منهما فقه في أحكام الحوادث الكلية وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطى الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع الشريعة والسياسة، ومن له ذوق في الشريعة واطلاع على كمالها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد ومجيئها بغاية العدل الذي يسع الخلائق، وأنه عدل فوق عدلها ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها، وأن من أحاط علما بمقاصدها ووضعها موضعها وحسن فهمه فيها لم يحتج معها إلى سياسة غيرها ألبتة، فإن السياسة نوعان سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر فهي من الشريعة علمها من علمها وجهلها من جهلها"[4].

1- ابن حجر، فتح الباري، 283/5.

2- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 4/1.

3- **القرائن: لغة:** ج قَرِينة، فَعيلة بِمَعْنَى مَفْعُولَةٍ، من الاقتران، وهي الأمر الدّالّ على الشيء من غير الاستعمال فيه. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، ص463. ابن منظور، لسان العرب، 88/12.

اصطلاحا: عرفها مصطفى الزرقا بقوله: "كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه. ينظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر- بيروت، (د.ت.ط)، 918/2.

وفي القانون الوضعي: عرفها أحمد نشأت بقوله: استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم. ينظر: أحمد نشأت، رسالة الإثبات، 186/2.

4- ابن قيم الجوزية، المصدر نفسه، 7/1-8.

الفرع الثاني: موقف فقهاء القانون في إطلاق وتقييد نظام الإثبات

إن نظام الإثبات في الحقيقة يسعى إلى تحقيق الموازنة بين اعتبارين، اعتبار العدالة في ذاتها، والتي تتماشى وتتفق مع الحقيقة القضائية، واعتبار استقرار التعامل الذي يسعى إلى تحديد طرق الإثبات وتقييدها حتى تحد من جور وظلم القاضي في حكمه، مما نتج عن ذلك ظهور ثلاث مذاهب تتنازع التنظيم القانوني للإثبات، مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق، ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة، فيقيد القانون الإثبات أشد التقييد حتى يستقر التعامل، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد، ومذهب ثالث يزن ما بين الاعتبارين، فيعتد بكل منهما، وهذا هو المذهب المختلط[1].

أولا: نظام الإثبات الحر (المطلق)

في هذا النظام لا يعين القانون طرقا محددة للإثبات، فيترك للخصوم الحرية الكاملة في اختيار الأدلة التي بها يتوصلون إلى إقناع القاضي، كما يمنح للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في قبول هذه الأدلة وفق القناعة التي تشكلت لديه في نظر الوقائع المعروضة عليه بشرط أن يؤمن منه الجور والتحكم، وهذا المذهب يقرب كثيرا ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة، وقد أخذ بهذا المذهب إلى حد كبير القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي[2] .

ويعاب على هذا المذهب أنه يمنح للقاضي السلطة المطلقة التي قد تؤدي إلى تعسفه في القضاء، كما يفتح المجال أمام أصحاب الدعاوى الظالمة في البحث عن وسائل الإثبات الواهية التي تخدم مصالحهم مما يزعزع الاستقرار في التعامل وتحقيق مبدأ العدالة.

ثانيا: نظام الإثبات القانوني أو المقيد

في هذا النظام يحدد القانون طرق الإثبات فيجعلها مقيدة، بحيث لا يستطيع الخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الطرق، كما أنه لا يخول للقاضي السلطة العامة في قبول طرقا أخرى لم ينص عليها القانون، فيتقيد بذلك كل من الخصوم والقاضي، وهذا المذهب يباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق

1- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، 27/2 بتصرف.

2- المصدر نفسه، 28/2 بتصرف .

القضائية، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا أمكن إثباتها بالطرق التي حددها القانون[1] .

مما يلاحظ على هذا المذهب أنه يحقق الاستقرار في التعامل، ويُوَلِّدُ الثقة لدى المتقاضين والاطمئنان من جور القضاة وظلمهم في الحكم، لكن يعاب عليه أنه حد من سلطة القاضي، بحيث منع القاصي من أن يأخذ الوسائل التي توصله إلى الحقيقة الواقعية ما دام القانون لم ينص عليها، فهو بذلك يخلق مجافاة بين الحقيقة الواقعية التي تكون واضحة للعيان وبين الحقيقة القضائية.

ثالثا: نظام الإثبات المختلط

هذا المذهب يجمع بين المذهبين –الحر والمقيد–، بحيث يأخذ من المذهب الحر في المسائل الجنائية، ففيها يكون للقاضي السلطة الواسعة في التماس وسائل الإقناع من أي دليل يقدم إليه شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر، وفي المقابل يتقيد إلى حد كبير في المسائل المدنية، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات، وقد أخذ بهذا المذهب التشريع المصري والقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي[2]، أمّا المشرع الجزائري فقد أخذ بنظام الإثبات المختلط وهذا من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية[3].

ويلاحظ على هذا المذهب أمران:

– إن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية، فلا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح – ظني –؛ لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الإثبات مقفلا أمام القاضي.

1– السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، 29/2، بتصرف.

2– المصدر نفسه، 29/2–30، بتصرف.

3– فنجد مثلا في المواد: 73، 75، 141، 146 من قانون الإجراءات المدنية أعطت للقاضي السلطة المطلقة في تقدير وسائل الإقناع، كما أن المشرع الجزائري قيد طرائق الحكم في مجموعة من النصوص القانونية، فعلى سبيل المثال نجد الإثبات بالشهادة من القانون المدني في المواد 324 مكرر2، 333، و334، و335، و336، والقانون التجاري في المادة 30، وقانون العقوبات في المادة 223، ومن الجانب الإجرائي نصت المواد من 88 إلى 99 من قانون الإجراءات الجزائية على سماع الشهود، إضافة إلى ذلك أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية للشهود كوسيلة من وسائل الإثبات (سماع الشهود، حالات عدم قبول الشهادة، تخلف الشهود، التجريح في الشاهد، تلقي الشهادة) بموجب نصوص المواد من 150 إلى 163.

– إن المذهب المختلط يتفاوت من الناحية العملية من نظام قانوني إلى آخر في وضع القيود التي تحد من سلطة القاضي في الحكم، فمن النظم من تقلل هذه القيود حتى يشتد التقارب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة، ومنها ما يزيد في القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل[1].

الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إطلاق وتقييد نظام الإثبات

من خلال إجراء مقارنة بين فقهاء الإسلام وفقهاء القانون الوضعي نلاحظ أن فقهاء القانون الوضعي تأثروا أيما تأثير بمذاهب فقهاء الإسلام، فنجد ما يلي:

أولا: نظام الإثبات القانوني أو المقيد نحا منحى الجمهور في أن طرق الإثبات مقيدة ومحصورة، فلا يجوز للقاضي أو الخصوم اللجوء إلى طرق أخرى في إثبات الأحكام والحقوق، ولا يعدو أن يكون موقف القاضي سلبيا في تلقي أدلة الخصوم، بحيث لا يستطيع أن يكمل أو يزيد أو يوضح أدلتهم.

ثانيا: نظام الإثبات الحر(المطلق) نحا منحى ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون في أن طرق الإثبات مطلقة، فيصح لكل من القاضي والخصوم أن يثبتوا الحق بأي طريقة يرونها مناسبة ومقنعة، ويكون موقف القاضي إيجابيا في استكمال ما نقص من أدلة الخصوم، واستيضاح ما أبهم منها، وفي هذا الصدد يقول ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين:"فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقا قد ظهر بدليله أبدا فيضيع حقوق الله وعباده، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن جحده ودفعه، كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد، في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره، ولا عادة له بكشف رأسه، فبَيِّنةُ الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد؛ فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة، ولا يضيع حقا يعلم كل أحد ظهوره وحجته، بل لمَّا ظنَّ هذا من ظَنَّهُ ضيَّعوا طريق الحكم، فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكنا من ظلمه وفجوره، فيفعل ما يريد، ويقول: لا يقوم عليَّ بذلك شاهدان

1- السنهوري، المصدر السابق، 30/2، بتصرف.

اثنان، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده، فحينئذ أخرج الله أمر هذا الحكم العام عن أيديهم، وأدخل فيه من أمر الإمارة والسياسة ما يحفظ بها لحق تارة، ويَضِيعُ به أخرى ويحصل به العدوان تارة، والعدل أخرى، ولو عرف ما جاء به الرسول على وجهه لكان فيه تمام المصلحة المغنية عن التفريط والعدوان"[1].

ثالثا: نظام الإثبات المختلط فنجد أنه جمع بين المذهبين، بحيث حدد طرق الإثبات وجعلها في أدلة معينة مع عدم تقييد سلطة القاضي في تقدير الأدلة، لكننا نلاحظ أنه خالف الفقه الإسلامي في تقدير سلطة القاضي، فجعل سلطة القاضي مطلقة في مسائل الجنايات، وقيدها في مسائل المعاملات، في حين نجد أن الفقه الإسلامي ضيق سلطة القاضي في مجال الحدود، ووسعها في مجال المعاملات المالية.

بعد إجراء هذه المقارنة يتضح للباحث أن تتقيد طرق الإثبات بضوابط دقيقة حتى لا نفتح المجال للطامعين بأن يتخذوا أية وسيلة في سلب حقوق الناس، كما أنه يعرض القضاة لظلم الناس لا سيما ضعاف النفوس، لذا فإن تحديد طرق الإثبات وضبطها بقواعد دقيقة وسالمة من العيوب يوصلنا إلى القضاء العادل الذي يحقق سعادة الناس، ويصون حقوقهم ويمنع الظلم، ويعطي لكل ذي حق حقه؛ لهذا اعتنت الشريعة الإسلامية الغراء على ضبط طرق الإثبات بشروط معينة، كما أن القانون الوضعي لم يغفل هذه الضوابط باعتبارها تحقق المقصد العام للقضاء، وعليه فإن ضوابط طرق الإثبات هي كالآتي:

1- أن تكون طرق الإثبات مشروعة؛ أي: يكون الإثبات بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية بالنص أو الاجتهاد أو الاستنباط، بحيث لا يجوز الإثبات بالطرق الباطلة وغير شرعية كالشعوذة والسحر أوعن طريق الكهنة، وغيرها من الطرق التي حرمتها الشريعة الإسلامية، وأهم هذه طرق الإثبات الشرعية هي الإقرار، والشهادة، واليمين، والكتابة، والقرائن، والخبرة، وغيرها.

2- أن تفيد طرق الإثبات العلم أو غلبة الظن؛ أي: أن تكون طرق الإثبات قائمة على أساس قويم وسند قوي؛ لأن الأصل في الإثبات أن يعتمد على العلم أو غلبة الظن، يقول ابن فرحون: "واعلم أنّ الشّرع لم يعتبر مطلق الظّنّ في غالب المسائل، وإنّما يعتبر ظنونًا مفيدة مستفادة من إمارة مخصوصة، وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع كالشّهادة أنّ المديان معدم فإنّهم إنّما يشهدون على علمهم وقد

1- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، 2/170-171 .

يكون الباطن بخلافه، فاستظهر باليمين في ذلك على المشهود له، فبقيام البيّنة على ذلك مع يمينه استحقّ حكم المعدم، وسقط عنه الطّلب ما دام على تلك الحالة"[1].

3- أن تكون طرق الإثبات سالمة من العيوب؛ أي: يجب أنتكون طرق الإثبات غير مخالفة للعقل، أو للشرع، أو للحس، أو لظاهر الحال حتى تسلم من القدح؛ لأن الإثبات يفيد العلم اليقيني أو الظن الغالب، حيث لا تقبل طرق الإثبات التي تعارض العقل كأن يقر شخص بقتل رجل مات قبل أن يولد أو أن يشهد الشهود بذلك، أو يقر بنسب ولد لا يولد مثله لمثله في فارق السن،وأيضا لا تقبل طرق الإثبات التي تخالف الشرع كأن يقر شخص بولد مشهور النسب لآخر، أو أن يقر بسهم لوارث أكثر من فريضته الشرعية، كما لا تقبل طرق الإثبات التي تخالف الحس المفيد للعلم القطعي كأن يشهد الشهود لشخص بأن الدابة ملكه منذ مدة، فدل سنها على أقل من ذلك قطعا فتسقط شهادتهم لتحقق كذبهم، وعلى هذا الأساس لا تقبل شهادة الأعمى برؤية الهلال، ولا تقبل البينة على موت أحد وحياته مشاهدة، وهكذا، كمالا تقبل طرق الإثبات التي تخالف ظاهر الحال كأن يدعي فقير معروف بالفاقة على أحد الأغنياء مالا جسيما يستحيل عادة أن أصابه في حياته فلا يصدق في ذلك[2].

1- ابن فرحون، المصدر السابق،468/1.

2- الزحيلي، وسائل الإثبات، ص58-59. نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي –المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد، دار الشروق- القاهرة، ط1: 2002م، ص24. إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 27-28. السنهوري، المرجع السابق، 101/2. أيمن العمر، المرجع السابق، ص39-52.

المبحث الثاني: مفاهيم وقضايا أساسية للأحوال الشخصية

قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول تناولت فيه الأصل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية، ومطلب ثان تناولت فيه مدلول مصطلح الأحوال الشخصية، ومطلب ثالث تناولت فيه مفاهيم أولية لقضايا الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: الأصل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية[1]:

لم يكن مصطلح الأحوال الشخصية معروفا عند فقهاء المسلمين القدامى، وإنما هو اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية، وهي ما يتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجية وتوابعها من الطلاق والعدة والنفقة وغيرها، والنسب والميراث، فإن كون الإنسان أبا، أو ابنا، أو كونه وارثا، أو محروما من الميراث صفات شخصية، وأموال عينية، وهي تتعلق بالعلاقات المالية[2]، وعليه فإن أصل الأحوال الشخصية أنه اصطلاح ابتدعه الفقيه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر حين واجهته المشكلة التي يسميها فقه القانون الدولي الخاص بمشكلة تنازع القوانين، فقد كان في إيطاليا نظامان قانونيان: أولهما: نظام القانون الروماني باعتباره القانون العام أو الشريعة العامة، والثاني: نظام محلي لا يتعدى سلطانه حدود مقاطعة من المقاطعات أو مدينة من المدن، وللتفريق بين النظامين أطلق على القانون الروماني كلمة "قانون" ويعني بها القواعد القانونية التي غالبا ما تتبع الشخص أينما يكون، بينما أطلق على القانون المحلي كلمة "حال" وجمعها "أحوال"، ثم

1- دول العالم في أنظمة الأحوال الشخصية ثلاث فئات: **فئة أولى**: وهي التي تترك قضايا الأحوال الشخصية للتشريعات الدينية، مكتفية بالاعتراف بهذه التشريعات وبآثارها، ومن دول هذه الفئة أكثر الدول العربية، والباكستان واليونان وإسرائيل، **وفئة ثانية**: تضم الدول التي لديها في نطاق قضايا الأحوال الشخصية وإلى جانب التشريعات الدينية تشريع مدني، ولرعاياها حق اختيار الخضوع لأحد النوعين اللذين يتمتعان بذات القوة التنفيذية، ومن دول هذه الفئة إيطاليا، إنكلترا، إسبانيا، الدنمارك، **وفئة ثالثة**: تضم الدول التي تعتمد التشريع المدني وحده ولا تقر للتشريعات الدينية بأية قوة قانونية، ومن هذه الدول تلك التي اختارت العلمانية نظاما، والتي منها أغلب دول العالم كفرنسا، وألمانيا، والنمسا، وبلجيكا، وروسيا، والأرجنتين، والصين الشعبية، واليابان، ورومانيا، وسويسرا، وتركيا، ويوغسلافيا،....ينظر:بشير البيلاني، قوانين الأحوال الشخصية في لبنان، دار العلم للملايين- بيروت، ط5: 1998م، ص12.

2- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية-بيروت، ط4: 1983م، ص28. محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام- مصر، ط1: 2006م، ص7.

قسمت هذه الأحوال إلى أحوال تتعلق بالأشخاص وأحوال تتعلق بالأموال، ويقصد بالأحوال القواعد القانونية التي يقتصر سلطانها على مكان معين، وتحكم ما يوجد فيه من أمال، واستعار الفقه التقسيم الإيطالي، وأصبح القانون المدني المقارن ينقسم إلى طائفتين من القواعد:

الأولى: تتعلق بالرابط الشخصية، أو بالأشخاص، فأصبح يطلق عليها باصطلاح الأحوال الشخصية.

الثانية: تتعلق بالرابط المالية، أو بالأموال، فأصبح يطلق عليها باصطلاح الأحوال المالية[1].

المطلب الثاني: مدلول مصطلح الأحوال الشخصية

عند تحديد مدلول مصطلح الأحوال الشخصية يتطلب منا تعريفه باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة الأحوال وكلمة الشخصية، وباعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا.

الفرع الأول: تعريف الأحوال الشخصية باعتبار مفرديها

أولا: تعريف الأحوال لغة

1-لغة: جمع حال: كِينَةُ الإنسان، وهو ما كان عليه من خير أو شرّ، وهو الوقت الذي أنت فيه، وحال الدّهر صرفه، وحال الشّيء صفته، وحال الإنسان ما يختص به من أموره المتغيرة الحسية والمعنوية، والحال صفة الشيء يذكر ويؤنث، فيقال حال حسن وحال حسنة، وقد يؤنث بالهاء فيقال حالة واستحال الشيء تغير عن طبعه ووصفه[2].

ثانيا: تعريف الشخصية لغة واصطلاحا

1- **لغة**: الشَّخْص: كل جسم له ارتفاع وظهور، والمراد بِه إثبات الذَّات، والشَّخْصُ سواد الإنسان وغيره تراه من بعيد، وجمعه في القلَّة أَشْخُصٌ، وفي الكثرة شُخُوصٌ وَأَشْخَاصٌ، وَشَخَصَ بَصَرُهُ من باب خَضَعَ فهو شَاخِصٌ إذا فتح عينيه وجعل لا يطرف[3].

2- **اصطلاحا**: تباينت آراء العلماء واختلفت وجهات النظر في تحديد مفهوم الشخصية، فمنهم من يعرفها بذلك الانتظام الدينامي في الفرد للأجهزة النفسية الفسيولوجية والذي يحدد توافقاته الأصلية

1- إسماعيل لطفي فطاني، اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكحات والمعاملات، تقديم: عبد الله بن عبد الله الزايد، دار السلام- مصر، ط2: 1998م، ص149-150.

2- ابن منظور، المصدر السابق، 277/4. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، (د.ت.ط)، ص231. الفيومي، المصدر السابق، ص97.

3- ابن منظور، المصدر السابق، 36/8. الرازي، مختار الصحاح، ص296. الجوهري، المصدر السابق، 645/3.

مع بيئته[1]، ومنهم من يعرفها بمجموعة خصائص المرء الجسمية منها والعاطفية والنزوعية والعقلية التي تمثل حياة صاحبها وتعكس نمط سلوكه المتكيف مع البيئة[2]، ومنهم من يعرفها بأنها نظام متكامل من مجموعة الخصائص الجسمية والوجدانية والنزوعية والمعرفية التي تعين هوية الفرد وتميزه عن غيره من الأفراد تمييزا بينا[3].

من خلال النظر إلى تعريفات العلماء لمصطلح الشخصية يتبين لنا أن الشخصية هي: مجموعة خصائص المرء الجسمية، والنفسية، والسلوكية، والمعرفية التي تبين هوية الفرد من خلال تعامله مع غيره من الأفراد الذين يعيشون معه في بيئة واحدة.

الفرع الثاني: تعريف الأحوال الشخصية باعتبارها علما لقبا

بما أن أغلب البلدان الإسلامية خضعت للاستعمار الغربي، حيث حلت قوانينه الوضعية مكان الأحكام الشرعية في معظم شؤون الحياة المدنية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ولم يبق من أحكام الشريعة الإسلامية ما يطبق إلا نظام الأسرة من زواج وطلاق وميراث[4]، فأصبحت بذلك القوانين الوضعية الغربية مصدرا من مصادر التشريع، هذا ما جعل فقهاء الإسلام يبحثون عن مدلول مصطلح الأحوال الشخصية[5]، ولكنهم لم يصلوا إلى وضع تعريف جامع مانع لهذا المصطلح، باعتبار أنّه محل خلاف بين فقهاء القانون في الدول الإسلامية إزاء تحديد اختصاص المحاكم الشرعية التي

1- سليمان عبد الواحد يوسف، قراءات في علم النفس الشخصية: الشخصية سوءاها وانحرافها، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، ط1: 2011م، ص09.

2- أسعد زروق، موسوعة علم النفس، المؤسسة العربية للدراسات والنشر- بيروت، ط2، (د.ت.ط)، ص167.

3- الموسوعة العربية الميسرة، المكتبة العصرية –بيروت، ط1: 2010م، ص2011.

4- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع- الأردن، ط1: 2007م، ص14.

5- أول من عرفت عنه تسمية واستعمال هذا المصطلح من علماء المسلمين هو المحامي المصري محمد قدري باشا في أواخر القرن التاسع عشر الميلادي من خلال كتابه الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، وهو على مذهب الإمام أبي حنيفة –رحمه الله-، ويتكون من 647 مادة، وقد اشتمل هذا الكتاب على أحكام الزواج، وما يترتب عليه من مهر، ونفقه، ونسب، ورضاع، وطلاق، وعدة وغيرها، والوصية والهبة والحجر، وأحكام الإرث وما يتعلق به. ينظر: الصابوني عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام مع بيان موجز لمشروع قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة وهبة- القاهرة، ط9: 1983م، ص17.

جعل اختصاصها في الفصل في قضايا الأحوال الشخصية بمصر، مما وقع نزاع بين المحاكم التي تحكم بالقوانين الوضعية وبين المحاكم الشرعية، بحيث يدعي كل منهما أن هذه المواضيع والأبواب من اختصاصه، إلى أن فصلت فيه محكمة النقض الصادر حكمها في 21 جوان 1934م، يقول علي حسب الله: " الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككونه ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية.

أمّا الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات من الأحوال العينية لتعلقها بالمال أو استحقاقه وعدم استحقاقه، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، كي يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به تلك العقود، فإذا نظرها فيه بالبداهة مشروط بإتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموهوبة والموصى بها"[1].

ثم توالى تدخل المشرع المصري لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية في كثير من النصوص والقوانين منها القانون رقم 49 لسنة 1937م الصادر بلائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة، حيث نصت المادة 28 على أنه: تمثل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة والمهر ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق والتطليق والتفريق، والبنوة، والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقات بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب، والتبني، والولاية، والوصاية، والحجر، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث، والوصايا، وغيرها

1- علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي- بيروت، ط1: 1981م، ص5. نقلا عن الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس- الأردن، ط3: 2010م،ص35.

من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والغيبة، واعتبار المفقود ميتا[1].

من خلال هذه المادة نلاحظ أمرين هما:

1- أنها أشارت إلى نظام الأموال بين الزوجين الذي يكمن في مشاركة الزوجة في نفقات الحياة الزوجية، لكن عند الرجوع إلى الفقه الإسلامي نلاحظ أنه لا يعطي للزوج أية حقوق في تنظيم أموال الزوجة الخاصة، بل أوجب النفقة على الزوج باعتبار القوامة له، لقوله تعالى:﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُۚ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا﴾[2].

2- أنها أدخلت التبني ضمن مسائل الأحوال الشخصية، وفي الحقيقة أن التبني ظل سائدا في فترة زمنية مؤقتة بعد ظهور الإسلام مثل الخمر والربا، ثم حرم الإسلام التبني تحريما صريحا؛ لقوله -صلى الله عليه وسلم-: « **مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ** »[3].

من خلال ما سبق نرى أن تحديد مصطلح الأحوال الشخصية يعتبر من الأمور الشكلية التي لا ينبغي أن تثار ما دام المقنون يستمدون نصوصهم القانونية من الفقه الإسلامي، ولا مشاحاة في الاصطلاح لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، باعتبار أن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة؛ لأن الألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني، وأمّا إذا تعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة فلا يجوز إلغاء الألفاظ[4]، وباستقراء النصوص القانونية التي أشارت إلى

1- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، (د.ط)، ط: 1997م، ص20. مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية، (د.ط)، ط: 2002م، ص18. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول، إشرف: الدكتور عبد الكريم حامدي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر-باتنة، السنة الجامعية: 2008-2009م، ص 30.

2- سورة النساء، الآية: 34.

3- أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، رقم الحديث: [6766]، 244/4.وأخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم، رقم الحديث: [63]، 80/1.

4- الغزي أبو الحارث محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط4: 1416هـ- 1996م، ص148.

مسائل الأحوال الشخصية فإنه يصعب تحديد مدلول مصطلح الأحوال الشخصية بدقة، لكن يمكن تحديد المسائل التي يتناولها بوجه عام، وذلك بالجمع بينها وبين نصوص الفقه الإسلامي من خلال المصطلحات الشرعية التي تستعمل في الكتب الفقهية ككتاب النكاح والطلاق والنفقة والعدة والفرائض والتبرعات وغيرها من المسائل المتعلقة بالأسرة، وعلى هذا الأساس فإن مسائل الأحوال الشخصية تنقسم إلى أربع فئات هي:

1- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

2- المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق، وما ينجم عليهما من آثار كالنفقة، والحضانة، وإثبات النسب، وغيرها.

3-المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية.

4- المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا والمفقود، وغيرها.

المطلب الثالث: مفاهيم أولية لقضايا الأحوال الشخصية

إن قضايا الأحوال الشخصية كثيرة وقد تناولها فقهاء الإسلام والقانون بالدراسة والتحليل، لهذا سأقتصر على المباحث التي لها علاقة بنظام الإثبات هذا من جهة، ومن جهة أخرى علاقة هذه القضايا بالتطورات الطبية والبيولوجية، وعليه فإن قضايا الأحوال الشخصية التي سأقوم بدراستها هي كالتالي: العيوب الزوجية، إثبات النسب أو نفيه، المواريث.

الفرع الأول: مفاهيم أولية في العيوب الزوجية

أولا: تعريف العيوب الزوجية

لتحديد مصطلح العيوب الزوجية يجب على الباحث أن يتطرق إلى تعريف المصطلح باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة العيوب، وكلمة الزوجية، وباعتباره علما لقبا، أي: مركبا إضافيا.

1-تعريف العيوب الزوجية باعتبار مفرديها

أ- تعريف العيب لغة واصطلاحا:

- لغة: العَيْب والعَيْبَةُ والْعَابُ بمعنى واحد، تقول: عاب المتاعُ أي صار ذا عيب، والعَيْبَةُ: الوَصْمة، وجمع عيب: مَعايبُ، وعُيوبُ[1].

1- الجوهري، المصدر السابق،115/1. الرازي، مختار الصحاح، ص406-407. ابن منظور، المصدر السابق، 347/10.

– اصطلاحا: ما تخلو عنه أصل الفطرة السّليمة ممّا يعدّ به ناقصا[1].

ب– تعريف الزواج لغة واصطلاحا:

–تعريف الزواج لغة: الزَّوْجُ: خِلَافُ الفَرْدِ، والأَزْواج: القُرَناءُ، والمزاوَجَةُ: الازْدِواج، وزَوْجُ المرأة: بعلها، وزَوجُ الرجل: امرأته، قال تعالى:﴿ ٱسۡكُنۡ أَنتَ وَزَوۡجُكَ ٱلۡجَنَّةَ ﴾[2]، ومنه الزواج بمعنى الازْدِواجُ، والاقتران[3].

– اصطلاحا: هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليهما من واجبات[4].

2–تعريف العيوب الزوجية باعتبارها علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا

العيوب الزوجية: هي نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها، وهذا يمنع من تحقيق مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية[5].

ثانيا: أنواع العيوب الزوجية

تنقسم العيوب من حيث المنع من الدخول وعدمه إلى قسمين:

1– عيوب جنسية تمنع من الدخول كالجَبّ والعُنَّة والخصاء في الرجل، والرتَق والقَرَن في المرأة.

2– عيوب لا تمنع من الدخول، ولكنها أمراض منفرة بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر كالجذام والجنون والبرص والسل والزهري[6].

وعليه فإن العيوب المعتبرة في الزواج ثلاثة أنواع، نوع يشترك في الرجال والنساء، ونوع خاص بالرجال، ونوع خاص بالنساء.

1– ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر– بيروت، (د.ت.ط)، 355/6.

2– سورة البقرة، الآية: 35.

3– الجوهري، المصدر السابق، 196/1. ابن منظور، المصدر السابق، 75/7–76. الفيومي، المصدر السابق، ص156.

4– أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر– بيروت، ط3: 1957م، ص17.

5– مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص587. ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، إشراف: أ/د الرشيد بن شويخ، كلية الحقوق–جامعة الجزائر1، نوقشت سنة: 2011م، ص89.

6– الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر – بيروت، ط4، (د.ت)، 7045/9.

1-**العيوب المشتركة بين الرجال والنساء:** هي التي يمكن أن يصاب بها كل من الزوجين.

أ- الجنون:

- **لغة:** جنن، يقال: جن الشيء يجنّه جنّا: ستره، وكل شيء سُتر عنك فقد جُنّ عنك، والجُنَّةُ: السّترة، والجمع جُنَن، واستَجَنّ بجُنّة: استتر بسترة، وفي الحديث: جنّ عليه الليل؛ أي: ستره، وبه سمي الجِن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار[1].

- **اصطلاحا:** هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا[2]، والجنون في الطب هو حالة من الاغتراب والانفصال عن الواقع واضطراب أو انعدام التفاعل مع المجتمع[3].

ب- البرص:

- **لغة:** داء وهو بياض، يقال برص الرجل فهو أبرص، فالذكر برص، والأنثى برصاء، والجمع برص[4].

- **اصطلاحا:** هو بياض شديد يُبَقِّع الجلد ويُذْهب دَمويّته[5].

ت- الجذام:

- **لغة:** القطع. جذمه يجذمه جذْما: قطعه، فهو جذيم، ومنه يقال جُذِمَ الإنسان بالبناء للمفعول إذا أصابه الجُذام؛ لأنّه يقطع اللّحم ويُسقطه وهو مجذوم[6].

- **اصطلاحا:** علّة تحدث من انتشار السّوداء في الجسد كلّه فيفسد مزاج الأعضاء وهيئاتها وربّما انتهى إلى تآكل الأعضاء وسقوطها عن تقرّح[7]، أو هو علّة صعبة يحمرّ منها العضو ثمّ يسودّ ثمّ ينقطع ويتناثر[8]، وفي الطب هو مرض شديد العدوى، وهناك نوعان: نوع معدٍ وهو الجذام ذو الورم

1- الجوهري، المصدر السابق، 1252/5. الرازي، مختار الصحاح، ص112. ابن منظور، المصدر السابق، 217/3.

2- الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1983م، ص79.

3- كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، تقديم: محمد هيثم الخياط، دار النفائس- بيروت، ط3: 2010م، ص298.

4- الجوهري، المصدرنفسه،637/3. الفيومي، المصدر السابق، ص32.

5- الشربيني، المصدر السابق، 340/4.

6- ابن منظور، المصدر نفسه، 105/3. الفيومي، المصدر نفسه، ص61.

7- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، ط2: (د.ت)، 137/4.

8- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت، ط3: 1991م، 176/7.

الجذامي أو الأسدي الذي يشبه فيه وجه المجذوم وجه الأسد، والنوع الثاني: غير المعدِ إلا فيما ندر، وهو الجذام الدرني[1].

ث- البخر:

- **لغة:** الرّائحة المتغيّرة من الفم، وَبخِر الفم بَخَرًا من باب تَعِبَ أنتنت رِيحُهُ، فالذّكر أبخَر والأنثى بخراء، والجمع بُخْرٌ[2].

- **اصطلاحا:** هو نتن الفم[3].

ج- الخناثة المشكلة:

- **لغة:** من خنث، وهو الذي لا يخلص لذكر ولا أنثى، يقال: رجلٌ خُنثى: له ما للذّكر والأنثى، والجمع: خَنَاثى، وخِناثٌ[4].

- **اصطلاحا:** أما الخنثى فضربان، أشهرهما: من له فرج النساء وذكر الرجال، والثاني: من ليس له واحد منهما، وإنما له خرق يخرج منه البول وغيره، ولا يشبه واحدا منهما[5]، وعند الطب هي حالة خَلقية تجتمع فيها أعضاء الذكورة والأنوثة بدرجات متفاوتة في الشخص نفسه[6].

ح- العذيطة:

- **لغة:** من عذط، والعِذْيَوْطُ: هو الرّجل يُحدث عند الجماع وعَذْيَط عذْيطة إذا فعل ذلك، وعَذِطَ عَذْطًا من باب تَعِبَ مثله، وامرأة عِذْيَوْطَةٌ إذا كانت كذلك[7].

1- محمد علي البار: أبحاث في العدوى والطب الوقائي، إصدار المجلس الأعلى العالمي للمساجد، هيئة الإعجاز العلمي للقرآن والسنة، من أبحاث المؤتمر العالمي للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، إسلام آباد، 1408هـ، الموافق لـ 1987م، ص63. نقلا عن: جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات لطبية والبيولوجية العصرية، دار المعرفة- بيروت، ط1: 2010م، ص234.

2- ابن منظور، المصدر السابق، 29/2. الفيومي، المصدر السابق، ص28.

3- ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، (د.ط)، ط: 1968م، 186/7.البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية- بيروت، (د.ت.ط)، 110/5.

4- ابن منظور، المصدر نفسه، 163/5.

5- النووي، تهذيب الأسماء واللغات، قسم اللغات، تحقيق: عبده علي كوشك، دار الفيحاء- دمشق، ط1: 2013م، 178/3.

6- كنعان، المرجع السابق، ص438.

7- الفيومي، المصدر نفسه، ص239.

– **اصطلاحا**: التّغوّط عند الجماع، ومثله البول[1].

خ– العقم:

– **لغة**: العَقْمُ والعُقْمُ، بالفتح والضّمّ: هَزْمةٌ تقع في الرّحم فلا تقبل الولد، والجمع عقائم وعُقُم، ويقال: رجل عقيم وعَقامٌ: لا يولد له، وامرأة عقيم، إذا لم تلد، وعَقيم الذّكر والأنثى فيه سواء[2].

– **اصطلاحا**: عدم القدرة على الإنجاب، ويكون في الرجال والنساء[3].

2– العيوب الخاصة بالرجل: هي التي يمكن أن يصاب بها الرجل دون المرأة.

أ– الجب:

– **لغة**: الجّبُّ: القطع، جبّه يجُبُّه جبّا وجِبابا واجْتَبَّه وجَبّ خُصاه جَبّا: استأصله، يقال: جَبَبْتُهُ جبّا؛ أي: قطعته، ومنه جببتُهُ فهو مَجبوب بيِّن الجِباب إذا استؤصلت مذاكيره[4].

– **اصطلاحا**: الجب عند الفقهاء هو من قُطع ذكره أو أنثياه، أومن قُطع بعض ذكره دون أنثييه أو أنثياه أو إحداهما دون ذكره، أو قطع ذكره وأنثييه معا أو خلقه بدونهما[5]، وعند الطب هو مقطوع الذكر كله أو بعضه، بحيث لا يبقى منه مما يأتي للجماع[6].

ب– الخِصا:

– **لغة**: من خَصِيَ، يقال: خَصَيْتُ الفحل إذا سللت خُصْيَيْهِ، والخُصية واحدة الخُصى وكذا الخِصية بالكسر، والتّثنية خِصيتان، وخُصيتان، وخُصيان، وخِصيان، الخُصْيَتانِ: البيضتان، والخُصْيَتانِ: الجلدتانِ اللتان فيهما البيضتان[7].

1– النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر– بيروت، (د.ط)، ط:1995م، 37/2. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر– بيروت، (د.ت.ط)، 287/2.

2– الأزدي، جمهرة اللغة، تحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين– بيروت، ط1: 1987م، 941/2.

3– كنعان، المرجع السابق، ص733.

4– الجوهري، المصدر السابق، 56/1. ابن منظور، المصدر السابق، 64/3.

5– عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر– بيروت، (د.ط)، ط: 1989م، 306/4.

6– كنعان، المرجع نفسه، ص89.

7– الجوهري، المصدر نفسه، 1381/5.الرازي، مختار الصحاح، ص168. ابن منظور، المصدر نفسه، 84/5-85.

– **اصطلاحا:** هو الذي سُلّ أنثياه وبقي ذكره[1].

ت– العنة:

– **لغة:** عنّ الشيء يعِنّ ويعُنّ عننا وعُنونا: ظهر أمامك؛ وعَنّ يَعِنّ ويَعُنّ عَنّا وعُنونا واعتنّ: اعترض وعرض، وعننْته أعُنُّه من باب قتل حَبَسْته بِعَنَانِه وعَنَنْتُهُ حَبسْتُه في العُنَّة وهي الحظيرة فهو مَعنون[2].

– **اصطلاحا:** العنين عند الفقهاء هو من لا يصل إلى النّساء مع قيام الآلة لمرض به[3]،وعند الطب هي عجز الرجل عن الجماع[4].

ث– الاعتراض:

– **لغة:** عرض له كذا؛ أي: ظهر، وعرضت له الشيء؛ أي: أظهرته له وأبرزته إليه، والعَرَض بفتحتين ما يعرض للإنسان من مرض ونحوه، والعريض عند أهل الحجاز خاصّة: الخَصِيّ، وجمعه عِرْضانٌ وعُرْضانٌ، يقال: وأعرضت العرضان: خَصَيْتُها[5].

– **اصطلاحا:** عدم انتشار الذّكرِ[6].

3– العيوب الخاصة بالمرأة: هي التي يمكن أن تصاب بها المرأة دون الرجل.

أ– الرتق:

– **لغة:** الرَتق: ضدّ الفتق، وقد رتق من باب نصر فارْتَتَقَ؛ أي: الْتأَمَ، والرّتق إلحام الفتق وإصلاحه، ومنه قوله تعالى: ﴿كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا﴾[7][8].

– **اصطلاحا:** هو انسداد الرّحم بعظم ونحوه والمرأة الرّتقاء الّتي لا يصل إليها زوجها[9]، أو إذا استدّ

1– النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ضبط وتعليق وشرح: خالد عبد الرحمان العك، دار النفائس– بيروت، ط2: 2010م، ص137.

2– الرازي، مختار الصحاح، ص402. ابن منظور، لسان العرب،10/310-311.

3– ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 133/4

4– كنعان، المرجع السابق، ص265.

5–الجوهري، المصدر السابق، 3/668-669. الرازي، المصدر نفسه، ص384. ابن منظور، المصدر السابق، 104/10.

6– الدسوقي، المصدر السابق ،278/2. عليش، المصدر السابق، 382/3.

7–سورة الأنبياء، الآية: 30.

8– الجوهري، المصدر نفسه، 901/3. الرازي، المصدر نفسه، ص214.ابن منظور، المصدر نفسه، 95/6.

9– النسفي، المصدر السابق، ص136.

مدخل الذّكر من فرجها فلا يُستطاع جماعها[1]، أو انسداد محلّ الجماع باللّحم[2].

ب– القرن:

– **لغة:** هو كالنُّتوء في الرّحم، يكون في النَاس والشّاء والبقر. والقرْناء: العَفْلاء. وقُرْنة الرّحم: ما نتأ منه، وقيل: القُرْنتان رأس الرّحم، وقيل: زاويتاه، وقيل: شُعبتاه، كلّ واحدة منهما قُرنة، القرناء من النّساء الّتي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذّكر فيه، إما غدّة غليظة أو لحمة مرتتقة أو عظم[3].

– **اصطلاحا:** عظم في الفرج يمنع الجماع، وقيل: لحم ينبت فيه[4].

ت– العفل:

– **لغة:** شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة كالأُدْرة للرجال[5].

– **اصطلاحا:** لحم ينبت في الفرج[6]،وعند الطب هو ورم ينبت في قُبُل المرأة[7].

ث– الإفضاء:

– **لغة:** من فَضا يَفْضُو فُضُوّاً، يقال: فضا المكان وأفضى: إذا اتّسع، وأفْضى الرجل إلى امرأته: باشَرَها وجامعها[8].

– **اصطلاحا:** رفع الحاجز بين منفذ البول ومدخل الذّكر[9]، أو هو رفع ما بين مدخل ذكر ومخرج بول، فيصير سبيل جماعها وبولها واحدا[10].

1– ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 137/4.

2– النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 177/7.

3– ابن منظور، المصدر السابق، 87/12.

4– النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 177/7.

5– الفيروزآبادى، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع– بيروت، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، ط8: 2005م، ص1033.

6– ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 137/4.

7– كنعان، المرجع السابق، ص90–91.

8– الجوهري، المصدر السابق، 1454/5.ابن منظور، المصدر نفسه، 194/11.

9– النووي، المصدر نفسه، 305/9.

10– الشربيني، المصدر السابق، 327/5.

ج- بخر الفرج:

- لغة: البخر النّتْن يكون في الفم وغيره[1].

- اصطلاحا: هو نتن في الفرج، يثور عند الوطء[2].

الفرع الثاني: مفاهيم أولية في إثبات النسب

أولا: مفهوم إثبات النسب

يعرف إثبات النسب باعتبارين، باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة إثبات وكلمة نسب، وباعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا.

1- تعريف إثبات النسب باعتبار مفرديه:

أ- تعريف الإثبات لغة واصطلاحا: تعريف الإثبات مر بنا في المبحث الأول؛ حيث عرفناه من الناحية الشرعية والقانونية بأنه: هو إقامة الدليل أو الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية أو القانون على وجود واقعة شرعية أو قانونية ترتبت آثارها، فالإثبات من الناحية الشرعية أو القانونية يدل على الوصول إلى الحقيقة والبحث عنها، كما أنه يحفظ حقوق العباد والبلاد من الظلم والجور، ويفصل النزاعات والخصومات الناجمة بين الأفراد[3].

ب- تعريف النسب لغة واصطلاحا

- تعريف النسب لغة

النَّسَبُ: القرابة؛ وقيل: هو في الآباء خاصّة؛ وقيل: النِّسْبَةُ مصدرُ الانتساب؛ والنُّسْبَةُ: الاسمُ، والنّسب يكون بالآباء، ويكون إلى البلاد، ويكون في الصّناعة، والنَّسِيبُ: الطّريق المستقيم؛ لاتّصال بعضه من بعض، وفلان يناسب فلانا فهو نسيبه؛ أي: قريبه، وتقول: ليس بينهما مناسبة؛ أي مشاكلة، قال ابن السِّكِّيت: يكون النسب من قبل الأب ومن قبل الأمّ، ويقال نَسَبُهُ في تميم؛ أي: هو منهم، والجمع أنساب، مثل سبب وأسباب، وهو نسيبه؛ أي: قريبه، وينسب إلى ما يوضّح ويميّز من أب وأمّ وحيّ وقبيل وبلد وصناعة وغير ذلك، قال الراغب الأصفهاني: النَّسَب والنِّسْبَة: اشتراك من جهة أحد

1- ابن منظور، المصدر السابق، 29/2. الفيومي، المصدر السابق، ص28.

2- ابن قدامة، المصدر السابق، 186/7. البهوتى، المصدر السابق، 110/5.

3- ينظر: المبحث الأول: ص 23-24.

الأبوين، وذلك ضربان: نَسَبٌ بالطُّول كالاشتراك من الآباء والأبناء، ونَسَبٌ بالعَرْض كالنِّسْبة بين بني الإخوة، وبني الأعمام[1].

– تعريف النسب اصطلاحا

عند الرجوع إلى كتب الفقهاء لا نجد تعريفا جامعا مانعا للنسب، حيث اكتفى الفقهاء بتعريف النسب باعتبار اللغة لاشتهار دلالته وهو مطلق القرابة بين شخصين، وحتى يتضح مفهوم النسب نذكر بعض التعريفات التي تفي بالغرض المقصود.

*النسب هو القرابة، والمراد بها الرحم، وهو لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة، قَرُبت أو بعدت، كانت من جهة الأب أو من جهة الأم[2].

* النسب هو اشتراك من جهة أحد الأبوين[3].

* النسب هو القرابة؛ وهي الاتصال بين إنسانيين بالاشتراك في ولاة قريبة أو بعيدة[4].

* النسب هو الانتساب لأب معين[5].

من خلال هذه التعريفات نلاحظ أنها متقاربة ومتشابهة من حيث العموم في أن النسب هو القرابة، وسواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم، لكن نلاحظ في التعريف الأخير أنه أشار إلى المعنى الخاص للنسب، وهو الانتساب إلى أب معين؛ باعتبار أن النسب ثابت من جهة الأم بالولادة لا يحتمل النفي قال الخطيب الشربيني: وضابط الأمّ هو كلّ من ولدتك فهي أمّك حقيقة، أو ولدت من ولدك ذكرا كان أو أنثى، كأمّ الأب وإن علت وأمّ الأمّ كذلك فهي أمّك مجازا[6]، وبهذا تكون

1- ابن منظور، المصدر السابق، 242/14. الجوهري، المصدر السابق، 137/1. الرازي، مختار الصحاح، ص565. الفيومي، المصدر السابق، ص365. الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية- بيروت، ط1: 1412هـ، ص801.

2- البقري، حاشية البقري على شرح الرّحبية، دار القلم- دمشق، ط3: 1986م،ص32.

3- المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان، دار الفكر- بيروت، ط1: 1990م، 696/1.

4- ابن أبي تغلب الشّيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطّالب، تحقيق: الدكتور محمد سُليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح- الكويت، ط1: 1983م، 55/2.

5- صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة، ط2: 1947م، 100/2.

6- الشربيني، المصدر السابق،286/4.

الدراسة على إثبات النسب من جهة الأب، قال ابن مفلح: أصل تبعيّة النّسب للأب إجماعا ما لم ينتف منه[1].

2- تعريف إثبات النسب باعتباره علما لقبا

إن الناظر إلى المعنى الاصطلاحي لكل من الإثبات والنسب يتبين له معنى إثبات النسب باعتباره مركبا إضافيا، بأنه: إقامة دليل شرعي أو قانوني أو كلاهما أمام القضاء على إلحاق الأبناء بآبائهم بصلة الرحم.

*شرح التعريف:

- إقامة دليل شرعي أو قانوني: إقامة الحجة والبرهان على إثبات النسب سواء من الناحية الشرعية، لقوله-صلى الله عليه وسلم-: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، واليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[2]، قال ابن قيم الجوزية –رحمه الله-: "وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد، لم يوف مسماها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة"[3]، وسواء من الناحية القانونية، حيث كرست القوانين الغربية ثلاثة أنواع من النسب: النسب الشرعي، والنسب الطبيعي، والنسب عن طريق التبني، والقانون المدني الفرنسي[4] خير مثال على ذلك، فخصص المواد 312 وحتى333 للنسب الشرعي، والمواد 334- وحتى 342-8، والمواد 343 وحتى 370-2 للنسب عن طريق التبني، وقد نص القانون المدني الفرنسي أيضا على دعاوى عديدة تتعلق إما بإثبات النسب أو إنكاره، ومن حيث المبدأ يجوز إثبات النسب بكافة وسائل الإثبات، ومنها الأدلة العلمية وعلى رأسها البصمات الوراثية[5].

1- ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1997م، 70/7.

2- سبق تخريجه، ينظر: ص25.

3- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 25/1.

4- Le Journal Officiel de la République Française N° 175 du 30 juillet 1994, p11056.

5- فواز صالح، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب دراسة قانونية مقارنة، ينظر: مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن مجلس النشر العلمي- جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد: التاسع عشر- ربيع الثاني 1424هـ، يونيو 2003م، ص202.

أمّا قانون الأسرة الجزائري نص على وسائل إثبات النسب في المادة 40 منه: يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول[1]، وكذلك نفس الأمر بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية العربية، مثلا قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم 75 في الفصل الأول نص على أنه: ".... ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر للمحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل"[2]، ومدونة الأحوال الشخصية المغربية نصت في المادة 85 على أن: "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل، وأمكن الاتصال وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق به"[3]، وقانون الأحوال الشخصية الأردني نص في المادة 158على أنه: "يثبت نسب المولود في العقد الفاسد أو الوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الدخول أو الوطء بشبهة"[4]، وهكذا.

– **أمام القضاء:** أن يكون إثبات النسب أمام القضاء؛ لأن به يتم إثبات الحكم ورد المظالم إلى أهلها، وبالتالي تزول الخصومة، كما أن بعض وسائل إثبات النسب كالشهادة، والإقرار لا تعتبر حجة قاطعة إلا بقضاء القاضي بها باعتباره الحكم الفاصل لهذه الوسائل؛ لأنه يستطع أن يقبلها أو يردها.

–إلحاق الأبناء بآبائهم بصلة الرحم: إلحاق الأبناء بآبائهم بالزواج الصحيح[5]، أو ما يشبهه

1- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 09 جوان 1984م، والمتعلق بقانون الأسرة والمعدل والمتمم بموجب الأمر 05 – 02 الصادر في:18 محرم 1426 هـ، الموافق لـ 27 فيفري 2005م، ينظر الجريدة الرسمية، العدد: 15، الصادرة بتاريخ: 27-02-2005م.

2- أمر 13 أوت 1956م، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66 الصادر في: 17 أوت 1956م. قانون عدد 75 لسنة 1998م مؤرخ في: 28-10-1998م يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، ينظر الرائد الرسمي عدد 87 بتاريخ: 30-10-1998م، ص 113.

3- القانون رقم: 70/03، المؤرخ بتاريخ: 12 ذي الحجة 1424هـ، الموافق لـ .03 فبراير 2004م، ينظر: الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

4- القانون رقم: 61-1976م، المؤرخ في: 1976م، والمعدل بقانون رقم: 82 لسنة 2001م، الصادر بتاريخ: 31-12-2001م، المعدل بقانون رقم: 36 المؤرخ في:17 أكتوبر 2010م، ينظر الجريدة الرسمية، العدد: 5061.

5- **النكاح: لغة:** يطلق النكاح في اللغة على الوطء، وقد يكون العقد تقول: نكحتها، ونكحت هي؛ أي تزوجت، وهي ناكح في بني فلان، أي هي ذات زوج منهم. ينظر: الجوهري، المصدر السابق في اللغة، 245/1.

اصطلاحا: النكاح هو عقد يفيد شرعا حِلَّ استمتاعِ كلٍّ من الزوجين بالآخر على الوجه الشرعي. ينظر: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 1993م، 11/6.

كالزواج الفاسد[1]، أو الزواج الشبهة[2].

ثانيا: أهمية إثبات النسب

يعتبر إثبات النسب من مقاصد الشريعة الإسلامية إذ به يُحفظ النسل حيث نجد أن الله عز وجل فطر الإنسان على حب الانتساب إلى آبائه وأجداده، يقول الدهلوي في كتابه حجة الله البالغة: اعلم أن النسب أحد الأمور التي جُبل على محافظتها البشر، فلن ترى إنسانا في الأقاليم الصالحة لنشء إلا وهو يحب أن يُنسب إلى أبيه وجده، ويكره أن يقدح في نسبته إليهما، كما يحب أيضا أن يكون له أولاد ينسبون إليه ويقومون بعده مقامه[3].

وعليه فإن الإسلام اهتم بإثبات النسب أيما اهتمام؛ لأنه يتعلق به حق الله وحق الآدميين، يقول ابن قيم الجوزية —رحمه الله–:"إنّ إثبات النّسب فيه حقّ للّه وحقّ للولد وحقّ للأب، ويترتّب عليه من أحكام الوصل بين العباد ما به قِوام مصالحهم ما يترتّب، فأثبته الشّرع بأنواع الطّرق الّتي لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان[4]، فحق الله فيه من جهة أنه أمر بدعوة الولد إلى أبيه الحقيقي، ومن ثم نهى عن التبني، وجعله قولا بغير الحق، كما توعد عن كل فعل يكون من الرجل أو المرأة من شأنه تزييف النسب أو الدس فيه ما ليس منه، أو الإخراج منه ما هو من حقيقته وصلبه، ففي الصحيحين عن سعد –رضي اللّه عنه– قال سمعت النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم يقول: «**مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ**»[5]،وأمّا حق الولد فإنه ثمرة أبيه ونتاج زرعه، فكان من حقه أن يثبت نسبه من أبيه لا من سواه، كما أن في انتسابه لأبيه حفظ لحقوقه التي قررها الشارع له، وصيانة له من الضياع وعدم الرعاية، وأما حق الأب فلأنه المولود له فكان حق نسب الولد إليه لا إلى غيره، وفيه رعاية

1- **الزواج الفاسد**: عرفه جمهور الفقهاء بأنه هو الذي فقد شرطا أو أكثر من شروط الصحة، كأن يُعقد النكاح بغير ولي أو بغير شهود، أو أن يتزوج امرأة في عدتها، أو أن يتزوج أختا في عدة أختها أو يتزوج الخامسة في عدة الرابعة أو نحو ذلك. ينظر: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، المرجع نفسه، 323/7.

2- **زواج الشبهة**: هو الوطء المحظور الذي لا يوجب حدّا، لقيام شبهة ترتّب عليها انتفاء قصد الزّنا. ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية– الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2: 1983، 35/44.

3- الدهلوي، حجة الله البالغة، تحقيق: السيد سابق، دار الكتب الحديثة، (د.ت.ط)، 725/2.

4- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 602/2.

5- سبق تخريجه، ينظر: ص50.

لحقوقه التي أوجبها الله على ولده[1]، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: " النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبغيضة، فالولد جزء من أبيه، والأب بعض من ولده، ورابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان، إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة، وذابت الصلات بينها، ولما بقي أثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها، لذا أمتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب، فقال سبحانه:﴿ **وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا** ﴾[2]، ورعاية النسب أحد مقـاصد الشريعة الخمسة، ومنع الشرع الآباء من إنكار نسب الأولاد، وحرم على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي، فقال –صلّى الله عليه وسلم–:«**أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ، وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الأَوَّلِينَ وَالآخِرِينَ**»[3]، ومنع الشرع أيضاً الأبناء من انتسابهم إلى غير آبائهم، فقال صلّى الله عليه وسلم: «**مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوِ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ المُتَتَابِعَةُ، إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ**»[4]، وحرمت الشريعة نظام التبني وأبطلته بعد أن كان في الجاهلية وصدر الإسلام، وقد تبنى النبي صلّى الله عليه وسلم زيد بن حارثة قبل النبوة، وكـان يـدعى

1– سفيان بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (دراسة فقهية تحليلية)، دار كنوز إشبيليا– الرياض، ط1: 2008م، ص77، 79.

2– سورة الفرقان، الآية: 54.

3– أخرجه أبو داود عن أبي هريرة –رضي الله عنه–، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، رقم الحديث: [2263]، ينظر: أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية صيدا– بيروت، (د.ت.ط)، 279/2. والنسائي، كتاب الطلاق، باب التّغليظ في الانتفاء من الولد، رقم الحديث: [3481]، ينظر: النسائي، السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية– حلب، ط2: 1986م، 179/6. والحاكم، كتاب الطلاق، رقم الحديث: [2873]، هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرّجاهُ،242/2. وابن ماجة، كتاب الطلاق، باب من أنكر ولده، رقم الحديث: [2743]، ينظر: ابن ماجة، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية– فيصل عيسى البابي الحلبي، (د.ت.ط)، 916/2. ضعفه الألباني، ينظر: الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف– الرياض، ط1: 1992م، 617/3.

4– أخرجه أبو داودفي سننه عن أنس –رضي الله عنه–،كتاب الأدب، باب في الرّجل ينتمي إلى غير مواليه، رقم الحديث: [5115]، 330/4. وهو حديث صحيح بشواهده. ينظر: أبو السعادات، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط – التتمة تحقيق بشير عيون، مكتبة الحلواني – مطبعة الملاح – مكتبة دار البيان، ط1: 1972م، 740/10.

« زيـد بن محمد» إلى أن نـزل قـوله تعـالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَزْوَٰجَكُمُ ٱلَّٰٓـِٔى تُظَٰهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَٰتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴿٤﴾ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[1]، فـالـعـدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي، لا لأبيه المزور، والإسلام دين الحق والعدل، والعنصر الغريب عن الأسرة ذكـراً أو أنثى لا ينسجـم معهـا قطعـاً في خـلق ولا دين، وقـد تقـع مفـاسـد ومنكرات عليه أو منه لإحساسه بأنه أجنبي، فمن تبنى لقيطاً أو مجهول النسب دون أن يدعي أنه ولده، لم يكن ولده حقيقة، فلا يثبت التوارث بينهما، ولا تجري عليه أحكام التحريم بالقرابة، ومن كان له أب معروف نسب إلى أبيه، ومن جهل أبوه دعي مولىً وأخاً في الدين، منعاً من تغيير الحقائق، وحفظاً لحقوق الآباء والأولاد من الضياع أو الانتقاص، وتوفيراً لوحدة الانسجام في الأسرة، فكثيراً ما أساء الولد المتبنى للزوجين وأقاربهما في العرض والمال[2].

الفرع الثالث: مفاهيم أولية في الميراث

أولا: تعريف الميراث وأهميته ومشروعيته

1- تعريف الميراث لغة واصطلاحا:

أ- لغة: ورِثَ أباهُ، ومنه بكسر الراءِ، يَرِثُهُ، كَيعِدُهُ، وِرْثاً ووِراثَةً وإِرْثاً ورِثَةً، بكسر الكُلِّ، وأورثَه أبوهُ، وورَّثَه: جَعَلَهُ من ورثَتِه. والوارِثُ: صفة من صفات اللّه عزّ وجلّ، وهو الباقي الدّائم الّذي يرث الخلائق، ويبقى بعد فِنائهم، والميراث أَصله مِوْراثٌ، انقلبت الواو ياءً لكسرة ما قبلها، وقيل: الورث والميراث في المال، والإرث في الحسَب، ويطلق الإرث ويراد منه انتقال الشّيء من قوم إلى قوم آخرين. ويطلق ويراد منه الموروث، وهو أيضا لغة الأصل والبقية[3].

1- سورة الأحزاب، الآية: 4-5.

2- الزّحيليّ، الفقه الإسلاميّ وأدلته، 7247/10.

3- ابن منظور، المصدر السابق، 347/10.الفيروزآبادى، المصدر السابق، ص177. إبراهيم الفرضي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض، (د.ت.ط)، 16/1.

ب- اصطلاحا: حقّ قابل للتّجزّؤ يثبت لمستحقّه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها[1].

شرح التعريف:

- **حقّ:** لفظ عام يشمل الأموال وغيرها.
- **قابل للتّجزّؤ:** أنه يصلح لأن يثبت لبعض النصف، والبعض الثلث، وهكذا.
- **يثبت لمستحقّه بعد موت من كان له:** هذا قيد يراد به إخراج الحقوق التي تثبت لمستحقها في حال حياة من كانت له، كالحقوق التي تثبت بالهبة والشراء.
- **لقرابة بينهما أو نحوها:** هذا قيد خرج به الوصية؛ لأنها حق يثبت لمستحقه بعد موت من كان له[2].

وعند الرجوع إلى القانون الوضعي نجد أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للميراث في شكل مواد؛ باعتبار أن الفقه الإسلامي قد استوفى تعريفه، وأن ما لم يرد في قانون الأسرة الجزائري يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة 222 من ق.أ.ج، لكن المحكمة العليا عرفت الميراث بأنه: "ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته"[3]، أمّا قوانين الأحوال الشخصية العربية فقد قام بعضها بتعريفه،ومثال ذلك ما جاء في مدونة الأسرة المغربية التي عرفت الميراث في المادة 323 بأنه: "انتقال حق بموت مالكه بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معارضة".

2- أهمية الميراث

يعتبر علم الميراث من أشرف العلوم وأجلها، حيث تولى الله جل وعلا تقدير الفرائض بنفسه ولم يفوض تقديره إلى ملك مقرب ولا نبي مرسل، وبين نصيب كل واحد من النصف، والربع، والثمن، والثلثين، والثلث، والسدس، بخلاف سائر الأحكام كالصلاة والزكاة، والحج وغيرها، فإن النصوص

1- إبراهيم الفرضي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض، 16/1.

2- الشرنباصي، أحكام الميراث بين الشريعة والقانون، الناشر: منشأ المعارف- الإسكندرية، ط:2002م، ص 5.

3- قرار محكمة العليا، ملف رقم: 24770، بتاريخ: 14-04-1982م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1989م، العدد:04، ص55.

فيها مجملة[1]؛ ولأهميته حث نبينا – صلى الله عليه وسلم– على تعلمه وتعليمه في كثير من الأحاديث، من ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم–: «**تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهُ النَّاسَ فَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ وَهُوَ يُنْسَى وَهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يُنْتَزَعُ مِنْ أُمَّتِي**»[2]، وقوله–صلى الله عليه وسلم– أيضا: «**العِلْمُ ثَلَاثَةٌ، فَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ فَضْلٌ: آيَةٌ مُحْكَمَةٌ، أَوْ سُنَّةٌ قَائِمَةٌ، أَوْ فَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ**»[3]، فهذه الأحاديث وغيرها دالة على شرف هذا العلم وأهميته، وقد اهتم علماء الإسلام به فحضي بمكانة عالية ومنزلة رفيعة، حيث ألفوا فيه المؤلفات ما بين مطول ومختصر وما بين منثور ومنظوم، حتى غدا علما مستقلا بذاته، وترجع أهمية علم الميراث إلى ما يلي:

أ– الموازنة بين حق صاحب المال وحق المستحقين في التركة، حيث جعل الله لصاحب المال حقا في أن يتصرف في ثلث تركته بالوصية لمن يشاء حال حياته لتنفذ وصيته بعد وفاته.

ب–نظام الإرث إجباري وأنصبته محددة، بحيث لا يحق للمورث أن يحرم بعض ورثته من الإرث، أو يزيد أحدا أكثر من حقه أو ينقصه عنه.

ت– حصر الإرث في أسبابه الثلاثة، القرابة الحقيقية، الزوجية، الولاء (القرابة الحكمية)، فالإرث لا يخرج عن نطاق الأسرة.

ث– نظام الإرث يخضع لأساس المفاضلة في الإرث وهو الحاجة، حيث جعل الله نصيب ابن المتوفى أكثر من نصيب أبيه؛ لأن الابن في حاجة إلى المال بخلاف أب المتوفى فهو قد استدبر الحياة ولم يعد بحاجة إلى المال إلا بالقدر الذي يحفظ شيخوخته، كما جعل نصيب الولد ضعف الأنثى؛ لأن حاجته

1- إبراهيم الفرضي، المرجع السابق، 7/1.

2- أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الفرائض، باب الحثّ على تعليم الفرائض، رقم الحديث: [2719]، 908/2. والدار قطني، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [4059]، ينظر: الدار قطني، سنن الدار قطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط1: 2004م، 117/5. والحاكم في مستدركه، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [7948]، 369/4. والبيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب الحثّ على تعليم الفرائض، رقم الحديث: [12175]، 343/6.ضعفه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 107/6.

3- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب ما جاء في تعليم الفرائض، رقم الحديث: [2885]، 119/3. والدار قطني في سننه، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [4060]، 118/5. والحاكم في مستدركه، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [7949]، 369/4. والبيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب الحثّ على تعليم الفرائض، رقم الحديث: [12172]، 343/6. ضعفه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 104/6.

للمال ومسؤولياته وتبعاته أكبر.

ج– أن أحكامه ثابتة لا تتغير ولا مجال فيها للاجتهاد، اللهم إلاّ في تفسير النصوص وتحديد معانيها والعلاقة بينهما، ولذا فإنه لا مجال للقول فيه بزيادة نصيب أو إنقاصه، أو إدخال وارث أو إخراجه.

ح– مراعاة ترتيب معين في تقديم القرابة بعضهم على بعض في استحقاق الميراث بحسب جهة القرابة ثم درجتها ثم قوتها، مع تشريع الإرث بالزوجية.

خ– نظام الإرث يحول دون تجميع الثروة في يد واحدة، فهو يقضي على الرأسمالية التي تركز الثروة في يد شخص واحدة كالابن الأكبر مثلا.

د– حمى المستضعفين من النساء والأطفال، بل جعل نصيبا للحمل في بطن أمه، ولم يقصر التركة على الابن الأكبر كما في النظام الانجليزي مثلا[1].

3-مشروعية الميراث

الميراث مشروع بالكتاب والسّنّة والإجماع، بالإضافة إلى أن القانون الوضعي أشار إليه في شكل مواد قانونية.

أ– الكتاب: أمّا الكتاب فآيات المواريث، منها:

– قال تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ءَابَآؤُكُمۡ وَأَبۡنَآؤُكُمۡ لَا تَدۡرُونَ أَيُّهُمۡ أَقۡرَبُ لَكُمۡ نَفۡعٗاۚ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمٗا ﴾[2].

– قال تعالى: ﴿ يَسۡتَفۡتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِۚ إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٞ وَلَهُۥٓ أُخۡتٞ فَلَهَا

1- الشرنباصي، المرجع السابق، ص 17-18. الجليدي سعيد محمد، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، (د.ت.ط)، ص19-21. نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، مكتبة الخدمات الحديثة – جدة، (د.ط)، ط: 1984م، ص 20-21.

2- سورة النساء، الآية: 11.

نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۚ وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۗ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا۟ ۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌۢ ﴾[1].

– قال تعالى: ﴿ وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓا۟ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا ۚ كَانَ ذَٰلِكَ فِى ٱلْكِتَٰبِ مَسْطُورًا ﴾[2].

ب– السنة النبوية: وأمّا السّنّة فأحاديث كثيرة منها:

–عن ابن عبّاس رضي اللّه عنهما، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: «**أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ**»[3]

–عن جابر–رضي الله عنه– قال: جاءت امرأة سعد بن الرّبيع إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بابنتيها من سعد، فقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الرّبيع، قُتل أبوهما معك في أحدٍ شهيدا، وإنّ عمّهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالا، ولا ينكحان إلّا ولهما مال، قال: فقال: «**يَقْضِي اللَّهُ فِي ذَلِكَ**»، قال: فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم إلى عمّهما، فقال: «**أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ، وَأُمَّهُمَا الثُّمُنَ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ**»[4].

1– سورة النساء، الآية: 176.

2– سورة الأحزاب، الآية: 6.

3– أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمّه، رقم الحديث: [6732]، 237/4.

4– أخرجه أحمد، مسند جابر بن عبد الله –رضي الله عنه–، رقم الحديث: [14798]، ينظر: أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، إشراف: د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1: 2001م،108/23. وابن ماجة في سننه، كتاب الفرائض، باب فرائض الصّلب رقم الحديث: [2720]، 908/2. وأبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصّلب، رقم الحديث: [2891]، 120/3. والترمذي في سننه، كتاب الفرائض عن رسول الله –صلّى اللّه عليه وسلّم–، باب ما جاء في ميراث البنات، رقم الحديث: [2092]، وقال هذا حديث حسن صحيح، لا نعرفه إلاّ من حديث عبد الله بن محمّد بن عقيل، وقد رواه شريك أيضا عن عبد الله بن محمّد بن عقيل، ص472. والدار قطني في سننه، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [4093]، 137/5. والحاكم في مستدركه، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [8076]، وقال هذا حديث صحيح الإسناد، 491/4. حسنه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 122/6.

ت– الإجماع: وأجمعوا على أن الجدة لا تزاد على السدس[1].

ثانيا: أركان الميراث، وشروطه، وأسبابه، وموانعه.

1– أركان[2] الميراث

أ– المُوَرِّث: وهو الميت أو الملحق بالأموات حكما الذي استحق غيره أن يرث منه.

ب– الوارث: وهو الحي أو الملحق بالأحياء، وهو من ينتمي إلى الميت بسبب من أسباب الإرث كالقرابة والزوجية.

ج– الموروث: وهو الشيء الذي يتركه الميت مما يورث عنه ويسمى ميراثا، وإرثا، وتراثا، وتركة[3].

2- شروط[4] الميراث

أ– موت المُوَرِّث حقيقة أو حكما أو تقديرا:

– الحقيقي: هو انعدام الحياة، إما بالمعاينة كما إذا شوهد ميتاً، أو بالسماع، أو بالبينة.

– الحكمي: هو أن يكون بحكم القاضي، إما مع احتمال الحياة أو تيقنها.

1– ابن المنذر، الإجماع،تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1: 2004م، ص73.

2– **الركن: في اللغة:** ركن إليه من باب دخل وركِن أيضا بالكسر رُكونا؛ أي: مال إليه وسكنركنمن باب خضع، ورُكْن الشّيء جانبه الأقوى، وهو يأوي إلى ركنشديد؛ أي: إلى عِزّ ومَنَعة. ورُكْن الإنسان: قوّته وشِدّتُه. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، ص233. ابن منظور، المصدر السابق، 217/6-218.

وفي الاصطلاح: وهو ما يتم به الشيء وهو داخل فيه؛ أي:يكون داخلاً في ماهيته، كالقيام والركوع، والسجود في الصلاة.ينظر:النملة، المهَذَّب في علم أصول الفقه المقارَن(تحريرٌ لمسائِلِه ودراستها دراسةً نظريَّةً تطبيقيَّةً)، مكتبة الرشد –الرياض، ط1: 1999م، 1963/5. حافظ ثناء الله الزاهدي، تلخيص الأصول، مركز المخطوطات والتراث والوثائق –الكويت، ط1: 1994م، ص29.

3– الجليدي، المرجع السابق، ص49. الفوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط3: 1408هـ، ص 28.

4– **الشرط: في اللغة:** جمع شُروط وشَرائطُ، والشَّرْطُ: إلزامُ الشَّيْءِ والتِزامُه فِي البيعِ وَنَحْوِهِ، وهو أيضا العلامة، يقال: أشرط فلان نفسه لأمر كذا؛ أي: أعلمها له وأعدّها. ينظر: الرازي، المصدر نفسه، ص299. ابن منظور، المصدر نفسه،56/8.

وفي الاصطلاح: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1: 1973م، ص82. الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1: 1994م، 437/4. المرداوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد – السعودية / الرياض، ط1: 2000م، 1067/3. عبد الكريم النملة، المهذّب في علم أصول الفقه المقارن،433/1.

مثال الأول: حكم القاضي على إنسان بموته، وهو الحكم على المفقود بموته.

ومثال الثاني: حكم القاضي على المرتد باعتباره في حكم الأموات إذا لحق بدار الحرب، وتقسم التركة في الحالتين من وقت صدور الحكم بالموت.

– التقديري: هو إلحاق الشخص بالموتى تقديراً، وذلك في الجنين الذي انفصل بجناية على أمه، وهي التي توجب الغُرَّة (50 ديناراً)، بأن يضرب شخص امرأة حاملاً، فتلقي جنيناً ميتاً، فتجب الغرة وهي عبد أو أمة، وتقدر بنصف عشر الدية الكاملة[1]، لكن اختلف الفقهاء في إرث هذا الجنين فذهب أبو حنيفة إلى أن هذا الجنين يرث ويورث؛ لأنّ الشّرع أوجب على الضّارب الغُرم ووجوب الضّمان بالجناية على الحيّ دون الميِّت، فإذا حكمنا بحياته كان له الميراث وبَعُد عنه نصيبه كما يُوَرَّث عنه بدل نفسه، وهو الغرّة[2]، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الجنين لا يرث؛ لأنه لم تتحقق حياته، فلم تتحقق أهليته للتملك بالإرث، ولا يورث عنه سوى الغرة وهي دية الجنين؛ لأنه يعتبر حياً بالنسبة لها فقط[3].

ب– حياة الوارث: لا بد أيضاً من تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، إما حياة حقيقية مستقرة أو إلحاقه بالأحياء تقديراً.

–الحقيقية: هي الحياة المستقرة الثابتة للإنسان المشاهدة له بعد موت المورث.

– والتقديرية: هي الحياة الثابتة تقديراً للجنين عند موت المورث، فإذا انفصل حياً حياة مستقرة لوقت يظهر وجوده عند موت المورث، ولو كان حينئذ مضغة أو علقة، ثبت له الحق في الميراث، فيقدر وجود حياته بولادته حياً[4].

ت– العلم بجهة الميراث: وهي العلم بالجهة المقتضية للإرث وتعيين جهة القرابة ودرجتها، بحيث يعلم بأنه وارث من جهة القرابة النسبية، أو من جهة الزوجية أو منهما، أو من جهة الولاء، لاختلاف الحكم في ذلك[5].

1– الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7708/10-7709. مصطفى سليم، مباحث في علم الميراث، دار التدمرية– الرياض، ط6: 2011م، ص 11-12.

2– السرخسي، المبسوط، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة– بيروت، (د.ط)، ط: 1372 هـ، 54/30.

3– النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 37/6. ابن قدامة، المصدر السابق، 406/8.

4– الزحيلي، المرجع نفسه، 7709/10.

5– المرجع نفسه، 7709/10.

عند الرجوع إلى القوانين الوضعية نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على أركان وشروط الميراث في مادتين 127، و128، حيث نصت المادة 127 من ق.أ.ج على أنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو اعتباره ميتا بحكم القاضي"، ونصت المادة 128 من ق.أ.ج على أنه: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث"، وهذا ما سار عليه معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية في أن شروط استحقاق الإرث هي: موت المورِّث حقيقة أو حكما أو تقديرا، حياة الوارث وقت موت مورثه، ومن أمثلة قوانين الأحوال الشخصية العربية:

-**مدونة الأسرة المغربية**: نصت المادة 330 من م. أ. م على أنه: يشترط في استحقاق الإرث ما يلي:

* تحقق موت المورث حقيقة أو حكما.
* وجود وارثه عند موته حقيقة أو حكما.
* العلم بجهة الإرث.

- **قانون الأحوال الشخصية الكويتي**: نصت المادة 288 من ق. أ. ش. ك على أنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكما"، ونصت المادة 289 من ق. أ. ش. ك على أنه:

"* يشترط لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة أو حكما.

* ويتحقق وجود الحمل واستحقاقه للإرث إذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة 330 من هذا القانون"، والتي نصها كما يلي: "إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة. لا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين:

الأولى: أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة، ومات المورث أثناء العدة.

الثانية: أن يولد حيّا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة.

3-أسباب[1] الميراث:

أسباب الميراث أربعـــة، اتّفق الفقهاء على ثلاثة منها وهي: النّكاح، والقرابة، والولاء[2]، وزاد المـالكيّة والشّافعيّة جهة الإسلام وهي: بيت المال إذا كان بانتظام[3].

أ-النكاح الصحيح: فيراد به العقد الصحيح وإن لم يحصل وطء ولا خلوة، وهو يشمل الزوج والزوجة، فإذا مات أحد الزوجين ولو قبل الدخول، ورثه الآخر، لعموم آية التوارث بين الزوجين.

أمّا النكاح الفاسد المجمع على فساده، كالنكاح بغير شهود، أو النكاح الباطل، كنكاح المتعة فلا توارث بين الزوجين ولو أعقبه دخول أو خلوة؛ لأن وجوده كعدمه، واختلفوا في التوارث في النكاح الفاسد المختلف فيه، كالنكاح بغير ولي على أقوال:

- فبعضهم يجيز التوارث بين الزوجين، لشبهة الخلاف.

- وبعضهم يمنع التوارث لمقتضى الفساد، وترث المرأة من زوجها إذا كانت في العدة مطلقة طلاقاً رجعياً، سواء كان في المرض أو الصّحّة بغير خلاف نعلمه، ورُوي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعليّ، وابن مسعود - رضي اللّه عنهم -؛ لأن الزوجية في الطلاق الرجعي قائمة ما دامت في العدة، وإن طلّقها في الصّحّة طلاقا بائنا أو رجعيّا، فبانت بانقضاء عدّتها، لم يتوارثا إجماعا[4]، وإن طلقها في مرض موته فراراً من إرثها منه، وهو ما يسمى طلاق الفرار، فترث منه عند الحنفية إذا مات ما لم تنقض عدتها؛ لأنّ الزّوجيّة سبب إرثها في مرض موته، والزّوج قصد إبطاله فيردّ عليه قصدُه بتأخير عمله إلى زمن انقضاء العدّة دفعا للضّرر عنها[5]، وترث منه عند المالكية ولو انقضت عدتها،

1- السبب: لغة: هو كل شيء يتوصل به إلى غيره. ينظر: الرازي، مختار الصحاح ، ص255.

اصطلاحا: هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته. ينظر: القرافي، تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تحقيق: محمد عبد الرحمان، المكتبة الأزهرية للتراث- القاهرة، (د.ط)، ط: 2005م، ص 76. السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية –بيروت، (د.ط)، ط: 1995م،206/1.الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 1400هـ، ص83.

وعليه فإن السبب هو كل أمر جعله الشارع الحكيم وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدم الحكم، كالزنا يوجب وجود الحكم وهو الحد.

2- الباجوري، حاشية الباجوري على شرح الشنشوري على متن الرحبية، المكتب الإسلامي-بيروت، (د.ت.ط)، ص50-51.

3- المرجع نفسه، 53.

4- ابن قدامة، المصدر السابق، 394/6.

5- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 46/4.

تزوّجت أم لم تتزوّج[1]، وترث منه عند الحنابلة ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج[2]، ولا ميراث لهذه الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً عند الشافعية؛ لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة[3].

ب– القرابة: فيراد بها القرابة الحقيقية، وهي كل صلة سببها الولادة، وتشمل فروع الميت وأصوله وفروع أصوله، سواء أكان الإرث بالفرض فقط كالأم، أم بالفرض مع التعصيب كالأب، أم بالتعصيب فقط كالأخ، أم بالرحم كذوي الأرحام مثل العم لأم، ويكون الميراث بسبب النسب شاملاً الآتي:

- الأولاد وأبناءهم ذكوراً وإناثاً.
-الآباء وآباءهم والأمهات، أي الأم وأمها وأمهات الآباء.
- الإخوة والأخوات.
- الأعمام وأبناءهم الذكور فقط[4].

ت – الولاء: فهو قرابة حكمية أنشأها الشارع من العتق. وأضاف الحنفية للأسباب الثلاثة المذكورة خلافاً لغيرهم: ولاء الموالاة، فولاء العتق: هو العصوبة السببية، أو هو صلة بين السيد وبين من أعتقه، وتجعل للسيد أو عصبته حق الإرث ممن أعتقه، إذا مات ولا وارث له من قرابته، وهذا ما يسمى بالنسب الحكمي، وفي الحديث: «**الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ**»[5]، فيرث

1- ابن رشد، المصدر السابق، 66/2.

2- ابن قدامة، المصدر نفسه، 395/6.

3- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، (د.ت.ط)، 408/2.

4-الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7704/10.

5- رواه الشافعي عن ابن عمر- رضي الله عنه- كتاب العتق والولاء والمدَبَّر والمكاتب وحُسن الملكة، باب النّهي عن بيع الولاء وعن هبته، رقم الحديث: [1090]، ينظر: الشافعي، مسند الإمام الشافعي، رتبه على الأبواب الفقهية: محمد عابد السندي، دار الكتب العلمية- بيروت، (د.ط)، ط: 1951م، 72/2. والدارمي، كتاب الفرائض، باب بيع الولاء، رقم الحديث: [1090]، ينظر: الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع-المملكة العربية السعودية، ط1: 2000م، 2019/4. وابن حبان، كتاب البيوع، باب البيع المنهيّ عنه، ذكر العلة من أجلها نُهي عن بيع الولاء وعن هبته، رقم الحديث: [4950]، ينظر: ابن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2: 1993م، 326/11. والطبراني في معجمه، رقم الحديث: [1318]، 82/2. والبيهقي في سننه، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكا له، الحديث: [21433]، 494/10. وصححه الألباني، ينظر: الألباني إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 165/6.

المعتق العتيق ولا عكس؛ أي: لا يرث العتيق المعتق، وولاء الموالاة: هو عقد بين اثنين على أن يعقل كل منهما عن الآخر، وأن يتوارثا[1].

ث– وأضاف المالكية والشافعية سبباً رابعاً وهو جهة الإسلام: فإن المالكية عندهم أنّ بيت المال عاصب، فهو كوارث ثابت النّسب، وهو المشهور كان منتظما أو غير منتظِم[2]، أمّا الشافعية عندهم أنّ بيت المال عاصب إذا كان منتظما[3]، فتصرف تركة المسلم، إذا مات وليس له وارث بالأسباب السابقة، لبيت مال المسلمين إرثاً، والدليل قوله –صلّى الله عليه وسلم–:«**أَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، أَعْقِلُ عَنْهُ وَأَرِثُهُ، وَالخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، يَعْقِلُ عَنْهُ وَيَرِثُهُ**»[4]، وهو صلّى الله عليه وسلم لا يرث لنفسه شيئاً، وإنما يصرف ذلك في مصالح المسلمين[5].

عند الرجوع إلى القانون الوضعي نلاحظ أن المشرع الجزائر يحصر الإرث في سببين رئيسين هما الزوجية والقرابة؛ باعتبار أن الولاء انعدم في عصرنا هذا، حيث نصت المادة 126 من ق.أ.ج على أنه: "أسباب الإرث: القرابة، والزوجية"، وهذا ما سار عليه معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومن أمثلتها:

– **مدونة الأسرة المغربية:** نصت المادة 329 من م. أ. م على أنه:" أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالالتزام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو المورث إسقاط صفة الوارث أو المورث والتنازل عنه للغير".

1– الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7706/10.

2– الدسوقي، المصدر السابق، 468/4.

3– الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، (د.ط)، ط: 1983م، 388/6.

4– أخرجه ابن ماجة في سننه، كِتَابُ الدِّيَاتِ، باب الدّية على العاقلة فإن لم يكن عاقلة ففي بيت المال، رقم الحديث: [2634]، 879/2.والبيهقي،كتاب الفرائض، باب ذوي الأرحام والرّدّ، رقم الحديث: [12729]،ينظر: البيهقي، معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية– باكستان، دار قتيبة –بيروت، دار الوعي– دمشق، دار الوفاء– القاهرة، ط1: 1991م، 164/9.صححه ابن حبان والحاكم من حديث المقدام بن معدي كرب، ينظر: ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة– بيروت، (د.ت.ط)، 297/2.

5– مصطفى الخِنْ، مصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي –رحمه الله تعالى–، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع– دمشق، ط4: 1992م، 76/5.

- **قانون الأحوال الشخصية الكويتي:** نصت المادة 295 من ق. أ. ش.ك على أنه: "من أسباب الإرث: الزوجية، والقرابة".

4- موانع[1] الميراث

اتفق الفقهاء على ثلاثة موانع للإرث: هي الرق، والقتل، واختلاف الدين، واختلفوا في ثلاثة أخرى وهي: الرِّدّة، واختلاف الدّارين، والدّور الحُكميّ، وعند المالكيّة من الموانع جهل تأخُّر موت الوارث عن موت المُوّرِّثِ، واللّعان بين الزّوجين عند بعض الشّافعيّة[2].

أ- القسم المتفق عليه: اتـفق الفقهاء على ثـلاثة موانع للإرث: هي الرق، والقتل، واختـلاف الدين

-الرق:

* **لغة:** العبودية.

* **اصطلاحا:** هو عجز حكمي يقوم بالإنسان بسبب الكفر[3].

فالرّقّ الكامل يُمنع من الميراث، وذلك أنه لو ورث الرقيق شيئا لملكه السيد وهو أجنبي، ولا يورث؛ لأنه لا ملك له ولا يملك ولو ملِّك، ومن قال إنه يملك بالتمليك، فملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله -صلى الله عليه وسلم-: « **وَمَنِ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ** »[4]، أمّا المبعض فقد اختلف العلماء في حكمه على أقوال[5].

1- **المانع: في اللغة:** المنع ضدّ الإعطاء، وقد منع من باب قطع فهو مانِع ومنُوع ومنّاع، ومنعه عن كذا فامتنع مِنْهُ، ويقال: هو تحجير الشّيء. ينظر: الرزي، مختار الصحاح، ص548. ابن منظور، المصدر السابق، 131/14-132.

وفي الاصطلاح: ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته. ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1: 1973م، ص82.المرداوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد- السعودية / الرياض، ط1: 2000م، 1072/3. عبد الكريم النملة، المرجع السابق، 441/1.

2- الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7710/10. الفوزان، المرجع السابق، ص 45. الموسوعة الفقهية الكويتية، 22/3.

3- إبراهيم الفرضي، المرجع السابق، 23/1.

4- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرّجل يكون له ممرّ أو شِرب في حائط أو في نخل، رقم الحديث: [2379]، 169/2-170. ومسلم، كتاب البيوع باب من باع نخلا عليها ثمر، رقم الحديث: [2379]، 1173/3.

5- إبراهيم الفرضي، المرجع نفسه، 23/1-24. الفوزان، المرجع نفسه، ص 46.

– **القتل**: وهو فعل يكون سببا لزهوق النفس، وهو مفارقة الروح البدن[1].

أجمع الأئمة –رحمهم الله تعالى– على أن القتل العمد العدوان وشبه العمد يمنع القاتل من الميراث مكلفا كان القاتل أو غير مكلف خلافا للحنفية؛ لقوله صلّى الله عليه وسلم: «**لَيْسَ لِقَاتِلٍ مِيرَاثٌ**»[2]؛ لأنه استعجل الميراث قبل أوانه بفعل محظور، فعوقب بحرمانه مما قصد، لينزجر عما فعل، ولأن التوريث مع القتل يؤدي إلى الفساد، والله لا يحب الفساد، ولكنهم اختلفوا في نوع القتل المانع على أقوال[3]:

* **الحنفية**: القتل المانع من الإرث عندهم هو الموجب للقصاص أو الكفارة كالعمد وشبه العمد، فخرج عندهم القتل بسبب فإنّه لا يوجبهما كما لو حفر بئرا أو وضع حجرا في الطّريق، فقتل مورّثه أو أقاد دابّة أو ساقها فوطئته، أو قتله قصاصا أو رجما، وخرج أيضا القتل مباشرة من الصّبيّ والمجنون لعدم وجوب القصاص والكفّارة[4].

* **المالكية**: ولا يرث قاتل لمورّثه من المال، ولا من الدّية إذا كان القتل عمدا عدوانا، وإن أتى القاتل بشبهة تدرأ عنه القصاص كرميِ الوالد ولده بحجر فمات منه، فإنّه يرث من المال لا من الدّية، وكذا كلّ قتل كان عمدا غير عدوان كقتل الشّخص لمورّثه إذا كان من البغاة[5].

***الشافعية**: لا يرث القاتل بحال، وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « **لَا يَرِثُ القَاتِلُ عَمْدًا وَلَا خَطَأً شَيْئًا** »[6] ولأن القاتـــل حرم الإرث حتى لا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب[7].

1- إبراهيم الفرضي، المرجع السابق، 28/1.

2- أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الدّيات، باب القاتل لا يرث، رقم الحديث: [2646]، 884/2. والدار قطني في سننه، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [4143]، 168/5. والبيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب لا يرث القاتل، رقم الحديث: [12242]، 361/6. صححه الألباني، ينظر: الألباني صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي- بيروت، (د.ت.ط)، 954/2.

3- إبراهيم الفرضي، المرجع السابق، 29/1. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7715/10. الفوزان، المرجع السابق، ص 50-52.

4- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت، ط2: 1992م، 767/6.

5- الدسوقي، المصدر السابق، 486/4.

6-أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب لا يرث القاتل، رقم الحديث: [12245]، 361/6.

7-الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 407/2.

* **الحنابلة:** والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حقّ، وهو المضمون بقود، أو دية، أو كفّارة كالعمد، وشِبه العمد، والخطأ، وما جرى مجرى الخطأ؛ كالقتل بالسّبب، وقتل الصّبيّ، والمجنون، والنّائم، وما ليس بمضمون بشيء ممّا ذكرنا لم يمنع الميراث؛ كالقتل قصاصا أو حدّا، أو دفعا عن نفسه، وقتل العادل الباغي، أو من قصد مصلحة موَلّيه بما له فعله؛ من سقي دواء، أو ربط جراح، فمات، ومن أمره إنسان عاقل كبير ببطّ خراجه، أو قطع سلعة منه، فتلف بذلك، ورثه في ظاهر المذهب[1].

-اختلاف الدين: فلا يرث مباين في دين بالقرابة والنكاح؛ لقوله –صلى الله عليه وسلم- «**لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ المُسْلِمَ**»[2]، أما عدم إرث الكافر المسلم بالقرابة والنكاح فبالإجماع، وأما عدم إرث المسلم الكافر بالقرابة والنكاح فهو ما عليه الجمهور ومعهم الخلفاء الأربعة – رضي الله عنهم- والأئمة الأربعة –رحمهم الله تعالى-، وذهب معاذ بن جبل، ومعاوية بن أبي سفيان، والحسن، ومحمد بن الحنفية، ومسروق، –رضي الله عنهم- إلى توريث المسلم من الكافر مطلقا؛ لقوله –صلى الله عليه وسلم-: «**الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ**»[3]، ومن العلو أن يرث المسلم من الكافر ولا يرث الكافر منه[4].

1- ابن قدامة، المصدر السابق، 365/6.

2- أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، رقم الحديث: [6764]، 243/4. وأخرجه مسلم، كتاب الفرائض، رقم الحديث: [1614]، 1233/3.

3- أخرجه الطحاوي، كتاب السّير، باب الحربيّة تُسلم في دار الحرب فتخرج إلى دار الإسلام ثمّ يخرج زوجها بعد ذلك مسلما، رقم الحديث: [5267]، ينظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي، عالم الكتب، ط1: 1994م، 257/3. والدار قطني في سننه، كتاب النّكاح، باب المهر، رقم الحديث: [3620]، 371/4. وهو حديث مرفوع، وموقوف، فالموقوف من قول ابن عبّاس، ذكره البخاريّ في "صحيحه والمرفوع روي من حديث عمر بن الخطّاب، ومن حديث عائذ بن عمرو المزنيّ، ومن حديث معاذ بن جبل. ينظر: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تقديم: محمد يوسف البَنُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر – بيروت / دار القبلة للثقافة الإسلامية- السعودية، ط1: 1997م، 213/3.حسنه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 106/5.

4-إبراهيم الفرضي، المرجع السابق، 30/1.

عند الرجوع إلى القوانين الوضعية نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على أن موانع الإرث أربعة هي: القتل العمد، واللعان، والردة، واختلاف الدين، وهذا من خلال نصوص المواد 135، و138، و222 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة 135 من ق.أ.ج على أنه: "يمنع من الإرث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم"، وهذا ما سار عليه معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومن أمثلتها:

1-مدونة الأسرة المغربية:

-نصت المادة 332 على أنه:" لا توارث بين مسلم وغير مسلم، ولا من نفى الشرع نسبه".

- ونصت المادة 333 على أنه: "من قتل مورثه عمدا، وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله ولا ديته، ولا يحجب وارثا، ومن قتل موروثه خطأ ورث من المال دون الدية وحجب".

2- قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

-نصت المادة 292 على أنه:"من موانع الإرث قتل المورث عمدا، سواء أكان القاتل فـاعلا أصليا أم شريكا، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق، وبلا عذر وكان القاتل عاقلا، بالغا حد المسئولية الجنائية، ويعدمن الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي".

-ونصت المادة 293 على أنه:

"**أ-** لا توارث بين مسلم وغير مسلم.

ب- يتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض.

ت- اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين.

ث-لا يمنع اختلاف الدارين-بين غير المسلمين-من الإرث إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع ذلك".

-ونصت المادة 294 على أنه:

"**أ-** لا يرث المرتد من أحد.

ب– مال المرتد قبل الردة أو بعدها يكون لورثته المسلمين عند موته، فإن لم يكن له ورثة من المسلمين، يكون ماله للخزانة العامة.

ت– إذا تجنس المرتد بجنسية دولة غير إسلامية يعتبر في حكم المتوفي ويؤول ماله لورثته المسلمين.

ث– إذا عاد المرتد إلى الإسلام بعد تجنسه بجنسية دولة غير إسلامية يكون له من ماله ما بقي بأيدي ورثته، أو بالخزانة العامة".

-قانون الأحوال الشخصية الأردني:

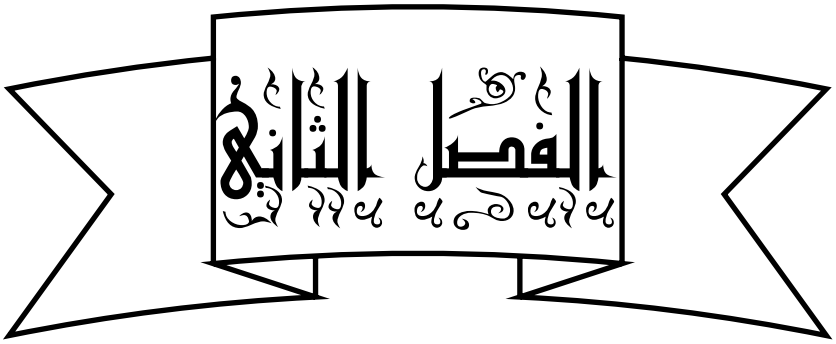
نصت المادة 281 على أنه:

" **أ–** يحرم من الإرث من قتل مورثه عمدا عدوانا سواء أكان فاعلا أصليا أم شريكا أم متسببا شريطة أن يكون القاتل عند ارتكابه الفعل عاقلا بالغا.

ب– لا توارث مع اختلاف الدين فلا يرث غير المسلم المسلم.

ج– يرث المسلم المرتد".

ب– القسم المختلف فيه: بعد اتفاق الفقهاء على أن الرق والقتل واختلاف الدين هي موانع الإرث، جرى بينهم خلاف في بعض الموانع الأخرى، ولما كانت الدراسة لا تتسع لدراسة جميع الموانع المختلف فيها بين الفقهاء نظرا لطبيعة كون الموضوع يتناول أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، وإلا تكون الدراسة خرجت عن الغرض المقصود؛ لذا فإني سأقتصر على الموانع التي لها علاقة بالتطورات الطبية والبيولوجية في مجال إثبات الميراث وهذا في الباب الثاني باعتباره يمثل الدراسة التطبيقية لهذه المباحث.



التطورات الطبية والبيولوجية ومنزلتها بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية

توطئة:

إن الحديث عن التطورات الطبية والبيولوجية وأثرها على نظام الإثبات يرشدنا إلى الطب الشرعي باعتباره يتناول البحث في القوانين التي تنظم مهنة الطب وتحكم ممارستها وممارسيها، وهي ما يمكن أن يطلق عليها اسم القوانين الطبية، أو الفقه الطبي وقواعد آداب الطب[1]، وعليه فإن الطب الشرعي يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات التي تهدف إلى تحقيق العدالة، فهو بذلك يتناول قضايا طبية كثيرة ومتنوعة مما له صلة بالقضاء كتشخيص حالات الموت لتحديد أسبابها، وزمن حدوثها، أو البحث عن الآثار المختلفة عن الحوادث والوقائع، كتحليل البقع الدموية والسائل المنوي، أو الفحص الطبي المباشر كما في قضايا الاعتداءات الجنسية، أو الدعاوى القائمة بين الزوجين لطلب فسخ النكاح بسبب ادعاء العنة أو الاعتداءات كما في حالات الجروح والإجهاض لتحديد هوية المعتدي وطبيعة الاعتداء من حيث المباشرة أو التسبب، إلى غير ذلك من القضايا والمسائل التي تهم القضاء من أجل البت في النزاعات والدعاوى المعروضة[2].

فمن خلال هذه الديباجة ارتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، مبحث أول تناولت فيه مفهوم الطب الشرعي وحجيته، ومبحث ثان تناولت فيه وسائل الطب الشرعي ومبحث ثالث تناولت فيه موقف فقهاء الإسلام والقانون في التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية.

1- سميح يسين أبو الراغب، القوانين الطبية والقضائية في الطب الشرعي، ط:2011م، ص3.

2- عبد الحكم فودة، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية–إسكندرية، ط: 2004م، ص9-10.

المبحث الأول: مفهوم الطب الشرعي وحجيته

قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، مطلب أول تناولت فيه مفهوم الطب الشرعي، ومطلب ثان تناولت فيه حجية الطب الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، ومطلب ثالث تناولت فيه التقرير الطبي وأثره في الإثبات.

المطلب الأول: مفهوم الطب الشرعي (Médecine légale – Forensicmedicine)

يعرف باعتبارين: باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة الطب، وكلمة شرعي، وباعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا.

الفرع الأول: تعريف الطب الشرعي باعتبار مفرديه

أولا: تعريف الطب لغة واصطلاحا:

1- تعريف الطب لغة: علاج الجسم والنّفس، تقول: رجل طبّ وطبيب؛ أي: عالم بالطّبّ، والطَّبّ، والطّبيب: الحاذق من الرّجال، الماهر بعلمه، والطبيب الروحاني: هو الشيخ العارف بذلك الطب القادر على الإرشاد والتكميل[1].

2- تعريف الطب اصطلاحا: هناك تعريفات كثيرة، وهي تعريفات متشابهة ومتقاربة في المضمون وإن اختلفت في اللفظ، منها:

أ-هو العلم أو التدرب على تشخيص وعلاج الأمراض والوقاية منها[2].

ب-هو علم وفن تشخيص وعلاج الأمراض أو الأضرار، وكيفية المحافظة على الصحة[3].

ت- هو علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة، ويسترد زائلها[4].

ث- هو مجموعة المعارف التي تتعلق بالأمراض والعلل وأسبابها وطرائق انتشارها ووسائل علاجها والوقاية منها[5].

1- ابن منظور، المصدر السابق، 9/83-84.الجرجاني، كتاب التعريفات، ص140.

2- ينظر: موقع قواميس أوكسفوردwww.oxforddictionaries.com

3- ينظر: موقعالقاموس الحر www.thefreedictionary.com

4- الحسين بن علي بن سينا، القانون في الطب، دار الفكر- بيروت، (د.ت.ط)، 3/1.

5- Yves Morin, Petit Larousse de la médecine, MameImprimeurs – Paris, I 2003, P 574

ثانيا: تعريف مصطلح الشرعي: فالمقصود به هنا ليس المعنى الحرفي لكلمة شريعة، ولكن ما يناسب الأنظمة والقوانين[1]، والتي بدورها تسعى إلى تحقيق العدالة وإثبات الحقوق ورد المظالم إلى أهلها.

الفرع الثاني: تعريف الطب الشرعي باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا

لم يكن الطب الشرعي معروفا عند فقهاء الإسلام، وإنما جاء نتيجة ظهور القوانين والأنظمة التي تنظم حياة الناس، وعليه فإنه يعرف عند القانونيين بتعريفات كثيرة، منها:

1- يقول مصطفى الكحال: الطب الشرعي هو الطب الذي يبحث في تطبيق العلوم الطبية لحل الكثير من القضايا التي تنظر أمام القضاء، والتي لا يستطيع القاضي إصدار حكمه إلا بالاستعانة به، وهذه القضايا بمجملها تتعلق بالإجرام والمجرمين والحالات العقلية للفرد ومدى قابلية لإدارة شؤون نفسه ومسؤولية الأطباء وذوي المهن الطبية تجاه مرضاهم[2].

2- يقول علي وصفي محمد: الطب الشرعي هو فرع من الطب خاص بمعالجة القضايا التي ينظرها رجال القانون من وجهة طبية[3].

3- يقول محمد حرز الله: الطب الشرعيهو العلم الذي يمثل العلاقة بين الطب والقانون، وترتكز هذه العلاقة على ما يحتاج إليه القانون من الطب، وما يحتاج إليه الطب من القانون[4].

4- يقول المعايطة: الطب الشرعي هو فرع طبي يختص ببحث كافة المعارف والخبرات الطبية الشرعية وتطبيقها بهدف تفسير وإيضاح وحل جميع ما يتعلق بالأمور الفنية والطبية الشرعية للقضايا والمسائل التي يكون موضوع التحقيق المنازعة القضائية فيها تتعلق بالجسم البشري وما يقع عليه من اعتداء[5].

1- مالك نادي سالم صبارنة، دور الطب الشرعي والخبرة الفنية في إثبات المسؤولية الجزائية، إشراف: علي جبار صالح، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق- جامعة الشرق الأوسط، نوقشت بتاريخ: 12-12-2011م، ص13.

2- مصطفى الكحال، الطب الشرعي، منشورات جامعة حلب، ط: 1982، ص3. نقلا عن: طارق صالح يوسف عزام، أثر الطب الشرعي في إثبات الحقوق والجرائم، دار النفائس- بيروت، ط1: 2009م، ص30.

3- وصفي، الوجيز في الطب العدلي، دار البيارق والدار الشامية-الأردن، ط7: 1998م، ص9. نقلا عن: المرجع نفسه، ص29.

4- محمد حرز الله وأبو ياسين مها، علم الأمراض والطب الشرعي، دار زهران للنشر والتوزيع- الأردن، ط: 2000م، ص272.

5- منصور عمر المعايطة، الطب الشرعي في خدمة الأمن والقضاء، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- الرياض، (د.ط)، ط: 2007م، ص17.

5- يقول رافاييل آغيار غيفارا(Rafael Aguiar-Guevara) من الجمعية العالمية للقانون الطبي فنزويلا: يشير اصطلاح الطب الشرعي إلى العلوم الطبية المطبقة في التحقيقات لمساعدة القضاء لا سيما محاكم الإجرام .... وهذا من أجل إظهار الحكم العادل على المجرمين أمام القضاء، ويطبق فقط باسم العدالة والقانون...[1].

التعريف المختار:

من خلال النظر إلى التعريفات نلاحظ أنها لم تستوف المعنى الحقيقي للطب الشرعي؛ لأن من شروط التعريف أن يكون جامعا مانعا.

- تعريف مصطفى الكحال فقد ذكر كثيرا من القضايا التي يبحثها الطب الشرعي كالإجرام والمجرمين والحالات العقلية للفرد ومسؤولية الأطباء إلا أنه أغفل القضايا التي تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية كإثبات النسب، وإثبات العيوب الزوجية، وتحديد أسبقية الوفاة عند الموت الجماعي لا سيما حوادث المرور وغيرها، وهو ما عمت به البلوى اليوم.

- تعريف علي وصفي محمد لم يحدد نوع القضايا التي يعالجها الطب الشرعي، بل تركها مبهمة.

- أمّا تعريف محمد حرز الله لم يحدد نوع العلاقة التي تكون بين الطب والقانون.

- تعريف منصور عمر المعايطة يبدو سليما نوعا ما من خلال أنه بين الهدف الأسمى من الطب الشرعي وهو إيضاح وتفسير القضايا المعروضة عليه من أجل الوصول إلى الحقيقة، إلا أنه أغفل بعض مسائل الأحوال الشخصية كتحديد أسبقية الوفاة عند الموت الجماعي، وغيرها.

-تعريف رافاييل آغيار غيفارا (Rafael Aguiar-Guevara) فقد ذكر أن الطب الشرعي يهتم فقط في المجال الجنائي وأغفل المجال المدني الذي هو أساسي جدا في إثبات الوقائع المتنازع فيها كإثبات النسب، وتحديد أسبقية الوفاة في الموت الجماعي، وغيرها.

وعلى هذا الأساس فإن التعريف الصحيح للطب الشرعي هو: "فرع من الطب الذي يبحث في تطبيق العلوم الطبية بهدف تفسير وإيضاح وحل الكثير من القضايا التي تنظر أمام القضاء، كالإجرام،

1- Rafael Aguiar -Guevara, "Concepts in Medical Law and Legal Medicine", Legal and Forensic Medicine, Springer, Berlin, 2013. p.65.

ومعرفة المجرمين، والحالات العقلية للفرد ومدى قابلية لإدارة شؤون نفسه، ومسؤولية الأطباء، وذوي المهن الطبية تجاه مرضاهم، وإثبات النسب، وإثبات العيوب الزوجية، وتحديد أسبقية الوفاة عند الموت الجماعي، وغيرها، والذي بدوره يسهل على القاضي إصدار حكمه القانوني".

*** شرح التعريف:**

- **فرع من الطب:** يعني أن الطب الشرعي نوع من أنواع الطب التي تعتمد على العلم المبني على التجربة، والمطابق للعقل والواقع، كالطب النفسي، والطب البديل، وغيرها.

- **الذي يبحث في تطبيق العلوم الطبية بهدف تفسير وإيضاح وحل الكثير من القضايا:** يعني أن الطب الشرعي يعتمد على وسائل الطب الحديثة كتحاليل فصائل الدم، والبصمة الوراثية، والفحص الطبي، والتشريح، وهذا من أجل الوصول إلى إيضاح وحل الكثير من القضايا العالقة، كمعرفة المجرمين، والحالات العقلية للفرد ومدى قابلية لإدارة شؤون نفسه، ومسؤولية الأطباء، وذوي المهن الطبية تجاه مرضاهم، وإثبات النسب، وتحديد أسبقية الوفاة عند الموت الجماعي، وإثبات العيوب الزوجية، وهذا عند التنازع.

- **أمام القضاء:** أن يكون إثبات الحقائق والوقائع المتنازع فيها أمام القضاء؛ لأن به يتم إثبات الحكم ورد المظالم إلى أهلها، وبالتالي تزول الخصومة، كما أن بعض وسائل الطب الشرعي كالإثبات عن طريق تحاليل فصائل الدم، والبصمة الوراثية، والفحص الطبي، والتشريح لا تعتبر حجة قاطعة إلا بقضاء القاضي بها؛ باعتباره الحَكَمُ الفاصل لهذه الوسائل؛ لأنه يستطع أن يقبلها أو يردها.

- **الذي بدوره يسهل على القاضي إصدار حكمه القانوني:** يعني أن الطب الشرعي يعتبر وسيلة من الوسائل التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة، وبالتالي إصدار حكمه النهائي في القضايا المعروضة عليه.

المطلب الثاني: حجية الطب الشرعي

من خلال تعريف الطب الشرعي يتضح لنا أنه وسيلة من وسائل الإثبات التي تسعى إلى تحقيق مبدأ العدالة، ويدخل ضمن ما يعرف بسؤال أهل الخبرة، وهو قرينة يستأنس بها القاضي في إصدار حكمه، وبما أن عنوان الرسالة "أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات"، فإن التطورات الطبية والبيولوجية تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات التي بها يستعين الطبيب الشرعي للوصول إلى

الحقيقة، وعلى هذا الأساس فإن تأصيل مسألة حجية الطب الشرعي تنطلق من مدى مشروعية الاستعانة بالخبير؛ أي: هل يجوز الاعتماد على سؤال أهل الخبرة في إثبات الحقوق أم لا؟

للإجابة على هذه الإشكالية يجب أن نتطرق إلى مدى مشروعية سؤال أهل الخبرة في إثبات الحقائق والوقائع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والتي على أساسها نجد التكييف الفقهي القانوني في مشروعية الطب الشرعي.

الفرع الأول: حجية الطب الشرعي في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الاستعانة بأصحاب الخبرة[1] في معرفة حقيقة الأمر المتنازع فيه بين الخصوم، والخبراء هم الذين لهم المعرفة والخبرة بالمسائل الفنية إذا كان موضوع النزاع فيه مسألة فنية، ومن ذلك قول الطبيب الشرعي في سبب الوفاة، وغير ذلك مما يختص بمعرفته الطبيب. وكذلك قول المهندسين والفاحصين والمختصين بمعرفة الخطوط والبصمات، كلٌ فيما يتعلق ويتصل بمجال تخصصه، وهي من الوسائل التي تُعين على إظهار الحق وكشف وجه الدعوى، وقد أخذ الأئمة الأربعة بشهادة

1- **تعريف الخبرة:**

أ- لغة: خَبَرَ الأمر علِمَهُ، والخبير العالم، وهو من أسماء اللّه عزّ وجلّ العالم بما كان وما يكون، وخَبُرْتُ بالأمر؛ أَي علِمتُه، وخَبَرْتُ الأمر أَخبُره إذا عَرَفته على حقيقته، والخبرة: هي المعرفة ببواطن الأمور. ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، 10/5. الرازي، مختار الصحاح، ص159. الفيومي، المصدر السابق، ص100. الجرجاني، المصدر السابق، ص97.

ب- اصطلاحا:

-**في الفقه الإسلامي:** هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي. ينظر: الزحيلي، وسائل الإثبات، ص594.

- في القانون الوضعي: تدبير تحقيقي يهدف إلى الحصول على معلومات ضرورية بواسطة أصحاب الخبرة أو الاختصاص من أجل البت في مسائل فنية ذات طبيعة محددة تكون محل نزاع ولا تلجأ المحكمة إلا عند عدم إدراكها للمسألة المعروضة بنفسها أو عندما تكون الأدلة المعروضة في الدعوى غير كافية لتوضيحها، وهي تقتصر على المسائل الفنية دون المسائل القانونية التي تبقى حصرا من اختصاص القاضي، والخبرة بهذا المعنى تتميز عن الشهادة. ينظر: مالك نادي سالم صبارنة، المرجع السابق، ص46.

من خلال التعريف الفقهي والقانوني للخبرة يتضح لنا أنها تُعنى ببيان حقيقة الأمر المتنازع فيه، كما أنها علم وتجربة خارجة عن نطاق اختصاص القضاة، وتهدف إلى الفصل في حقيقة الأمر المتنازع فيه أمام القضاء، والقاضي حده كفيل في طلب الخبراء من التحقيق في الأمر المتنازع فيه دون تدخل أطراف النزاع في هذا.

الخبراء وأقوالهم في كثير من الأمور وحكموا بمقتضاها[1]، وقد دلّ على ذلك الكتاب والسنة النبوية وعمل الصحابة والمعقول.

أولا: الكتاب

1- قال تعالى:﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴾[2].

اختلف المفسرون في تأويل هذه الآية على أقوال، فقال الطبري: أهل الذكر هم أهل التّوراة، وقيل: هم من أسلم من أهل التّوراة والإنجيل، وقيل: هم أهل الكتاب[3]، وقال البغوي: أهل الذكر هم مؤمنو أهل الكتاب، وقيل: هم علماء أهل الكتاب[4]، وقال ابن عبّاس: أهل الذّكر أهل القرآن، وقيل: أهل العلم، والمعنى متقارب[5]. وقال ابن كثير: أهل الذكر هم أهل العلم من الأمم كاليهود والنّصارى وسائر الطّوائف[6].

وفي الحقيقة أن أهل الذكر هم أهل العلم؛ لأن بهم يُعرف الحق من الباطل، وإن كانت الآية أنزلت في سؤال أهل الكتاب إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[7]، لهذا وجب سؤال أهل العلم على كل من لا يعلم أمور دينه أو دنياه، ويدخل في عموم هذا اللفظ أهل الطب، وفي هذا الصدد يقول السرخسي: "ونوع من ذلك عيب لا يعرفه إلّا الأطبّاء، فعلى القاضي أن يريه مسلمَين

1- الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر- بيروت، (د.ت.ط)، ص95.ابن فرحون، المصدر السابق،81/2. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،397/2، 118/3.النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين،491/3، 176/7. ابن مفلح، المصدر السابق، 144/8.

2- سورة النحل، الآية: 43. سورة الأنبياء، الآية: 07.

3- الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 2000م، 208/17.

4- البغوي، تفسير البغوي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي–بيروت، ط1: 1420ه، 80/3، 283.

5- القرطبي: المصدر السابق،72/10.

6- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1419ه، 292/5.

7- الرازي، المحصول، دراسة وتحقيق: د/ طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3: 1997م، 125/3.السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1991م، 136/2.النملة،المرجع السابق، 1533/4.

عدلَين من الأطبّاء؛ لأنّ عِلم ذلك عندهم، وإنّما يرجع إلى معرفة كلّ شيء إلى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والأصل فيه قوله تعالى:﴿فَسْئَلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[1]"[2].

2- قال تعالى: ﴿ ٱلَّذِى خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِى سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ ٱسْتَوَىٰ عَلَى ٱلْعَرْشِ ٱلرَّحْمَٰنُ فَسْـَٔلْ بِهِۦ خَبِيرًا ﴾[3].

ذهب المفسرون إلى أن الخبير هو اللّه تعالى، وقيل الخبير غير اللّه؛ أي: فاسأل عنه خبيرا؛ أي: عالما به؛ أي بصفاته وأسمائه[4]، فهذه الآية يدخل في ضمنها كل من له دراية وعلم بأمور الدنيا فإنه يسأل، فالمهندس يسأل في مسائل البناء، والطبيب يسأل في مسائل الطب، وهكذا.

3- قال تعالى:﴿ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ لَٱتَّبَعْتُمُ ٱلشَّيْطَٰنَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾[5].

قال المراغي في تفسيره: "لو أن أولئك المذيعين فوضوا الكلام في الأمور العامة إلى الرسول-صلى الله عليه وسلم- وهو الإمام الأعظم والقائد العام في الحرب، وإلى أولى الأمر من أهل الحل والعقد ورجال الشّورى، لوجدوا علم ذلك عندهم؛ لأنهم هم الذين يستنبطون مثله، ويستخرجون خفاياه بدقة نظرهم، إذ لكل طائفة منهم استعداد للإحاطة ببعض المسائل المتعلقة بسياسة الأمة دون بعض، هذا أخصائي في المسائل المالية، وذاك في الأمور القضائية، وذاك في بناء القناطر والجسور، ورابع في شؤون الحرب، وكل هذه المسائل يدرسها رجال الشورى (مجلس الوزراء بالاصطلاح العصري)، ويستنبطون منها ما يكون فيه المصلحة للدولة وينفذونه، ولا ينبغي أن تذيعه العامة لما في ذلك من الضرر بها من سائر الوجوه والاعتبارات"[6]، وكذلك نفس الأمر بالنسبة المسائل المتعلقة بالطب؛

1- سورة النحل، الآية: 43. سورة الأنبياء، الآية: 07.

2- السرخسي، المصدر السابق، 110/13.

3- سورة الفرقان، الآية: 59.

4- القرطبي: المصدر السابق،44/13.

5- سورة النساء، الآية: 83.

6- المراغي، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط1: 1946م، 105/5-106.

باعتبار أنه يمثل الوسيلة العصرية في الكشف عن الحقائق كتحديد الهوية عن طريق البصمات الوراثية، والعيوب الزوجية عن طريق الفحص الطبي، وغيرها.

4- قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ أَوۡ كَفَّٰرَةٞ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمۡرِهِۦۗ عَفَا ٱللَّهُ عَمَّا سَلَفَۚ وَمَنۡ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنۡهُۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٞ ذُو ٱنتِقَامٖ ﴾[1].

وجه الدلالة من الآية أن جزاء الصيد إن كان له مثل فيحكم في جزائه عدلان من المسلمين خبيران بالصيد وما يماثله فيحكمان فيه، وهذا دليل على مشروعية الاعتماد على قول أهل الخبرة في بيان الحكم الشرعي[2]، والطبيب يدخل في إطار أهل الخبرة.

5- قال تعالى:﴿ قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ﴾[3].

قال ابن الفرس: "هذه الآية يحتجّ بها العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البيّنات"[4]، والطبيب الشرعي في مجاله يحكم بالأمارات والعلامات التي تظهر لديه عند فحص الجثة.

فمن خلال هذه الآيات الكريمات أنه يجوز سؤال أهل الخبرة في معرفة حقيقة وكنه الأمر المتنازع فيه، وذلك من أجل الفصل فيه ورد الحقوق إلى أصحابها.

ثانيا: السنة النبوية

1- عن عائشة قالت دخل عليّ رسول اللَّه – صلى الله عليه وسلم – ذات يوم وهو مسرور فقال: «**يَا عَائِشَةُ أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيِّ دَخَلَ عليَّ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ،**

1- سورة المائدة، الآية: 95.

2- فواز القايدي، قول أهل الخبرة في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، إشراف د/ أحمد بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، 1418-1419هـ، ص20.

3- سورة يوسف، الآية: 26-28.

4- ابن فرحون، المصدر السابق، 101/2.

قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»[1].

وجه الدلالة من الحديث أنّ إلحاق القافة يفيد النّسب، لسرور النّبيّ –صلّى اللّه عليه وسلّم– به، وهو لا يسرّ بباطل[2]، فالنبي–صلّى اللّه عليه وسلّم– قبل القافة التي تعتمد على التجربة والفراسة في إثبات النسب فالطب الشرعي من باب أولى؛ لاعتماده على التحاليل والبصمات الوراثية التي لا تكاد تخطئ.

2– عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: قال رسول اللّه صلّى الله عليه وسلّم: «**مَنْ تَطَبَّبَ، وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ طِبٌّ قَبْلَ ذَلِكَ، فَهُوَ ضَامِنٌ**»[3].

وجه الدلالة من الحديث: قال الشوكاني: "(فهو ضامن) فيه دليل على أنّ متعاطي الطّبّ يضمن لما حصل من الجناية بسبب علاجه وأمّا من علم منه أنّه طبيب فلا ضمان عليه وهو من يعرف العلّة ودواءها وله مشايخ في هذه الصّناعة شهدوا له بالحِذْقِ فيها وأجازوا له المباشرة"[4].

ثالثا: الآثار

1– عن قتادة قال: « **رُفِعَ إِلَى عُمَرَ امْرَأَةٌ وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَسَأَلَ عَنْهَا أَصْحَابَ النَّبِيِّ –صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ–، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَقُولُ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾**[5]، **وَقَالَ: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾**[6]، **فَكَانَ الحَمْلُ هَاهُنَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَتَرَكَهَا، ثُمَّ قَالَ: بَلَغَنَا أَنَّهَا وَلَدَتْ**

1– سبق تخريجه، ينظر: ص36.

2– ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 57/12.

3– أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الطب، باب من تطبّب ولم يعلم منه طب، رقم الحديث: [3466]، 1148/2. والنسائي، كتاب القسامة، تضمين المتطبّب، [7039]، النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط1: 2001م، 378/6. والدار قطني في سننه، كتاب الحدود والدّيات وغيره، رقم الحديث: [3438]، 265/4. قال الألباني: وإسناده حسن لولا أنه مرسل مع جهالة المرسل، لكن الحديث حسن بمجموع الطريقين. ينظر: الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع– الرياض، ط1: 1995م، 227/2.

4– الشوكاني، نيل الاوطار،323/5.

5– سورة الأحقاف، الآية:15.

6– سورة لقمان، الآية:14.

آخر لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ»[1].

2- ما رواه مسلم أنّحمران مولى عثمان شهد على الوليد بن عقبةأنه شرب الخمر، وشهد آخر أنّه رآه يتقيّأ، فقال عثمان: «**إِنَّهُ لَمْ يَتَقَيَّأْ حَتَّى شَرِبَهَا، فَقَالَ: يَا عَلِيُّ، قُمْ فَاجْلِدْهُ**»[2].

قال ابن قيم الجوزية: "وجعل الصّحابة -رضي اللّه عنهم- الحبل علامة وآية على الزّنا فحدّوا به المرأة وإن لم تقرَّ، ولم يشهد عليها أربعة، بل جعلوا الحبل أصدق من الشّهادة، وجعلوا رائحة الخمر وقيئه لها: آية وعلامة على شُربِها، بمنزلة الإقرار والشاهدين"[3].

رابعا: اجتهاد الفقهاء

اتفق جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة على العمل بقول أهل الخبرة، وذلك في المسائل المتنازع فيها أمام القضاء[4]، ومن أمثلة ما قاله الفقهاء:

- **الحنفية:** في القضاء بقول أهل المعرفة. يجب الرّجوع إلى قول أهل البصر والمعرفة من النّخّاسين في معرفة عيوب الرّقيق من الإماء والعبيد وسائر الحيوانات[5].

- **المالكية:** ويُرجع إلى أهل الطّبّ والمعرفة بالجِراح في معرفة طول الجُرح وعُمقه وعَرْضه، وهم الذين يتولّون القصاص فيشقّون في رأس الجاني أو في بدنه مثل ذلك، ولا يتولّى ذلك المجنيّ عليه، قالوا: وكذلك يُرجع إلى أهل المعرفة من النّساء في قياس الجرح وقدره إذا كان ممّا تجوز فيه شهادة النّساء، ويُرجع إلى أهل المعرفة والنّساء في عيوب الفرج، وفي عيوب الجسد ممّا لا يطّلع عليه الرّجال[6].

- **الشافعية:** إذا أشكل مرض فلم يدر أمخوفٌ هو أم لا؟ فالرّجوع فيه إلى أهل الخبرة، والعلم

1- رواه عبد الرزاق، باب التي تضع لستّة أشهر، رقم الحديث: [13443]،ينظر: عبد الرزاق، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي- الهند يطلب من: المكتب الإسلامي- بيروت، ط2: 1983م، 7/349-350.

2- أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب حدّ الخمر، رقم الحديث: [1707]،3/1331.

3- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية،1/260.

4- الطرابلسي، المصدر السابق،1/130. ابن فرحون، المصدر السابق،2/80-81. النووي، روضة الطالبين،6/128.ابن قدامة، المصدر السابق،6/203.

5- الطرابلسي، المصدر السابق، 1/130.

6- ابن فرحون، المصدر السابق، 2/80-81.

بالطّبّ[1].

- **الحنابلة:** وما أشكل أمره من الأمراض، رُجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطبّاء لأنّهم أهل الخبرة بذلك والتّجربة والمعرفة[2].

وخلاصة القول: إن الطبيب الشرعي يعتبر من أهل الخبرة، فيرجع إليه في تحديد العيوب الزوجية المتنازع فيها، وإثبات النسب، وتحديد مرض الموت، والجروح، وغيرها من المسائل الطبية التي يعجز القاضي عن معرفتها والإلمام بها، وفي هذا الصدد يقول الدكتور طارق صالح يوسف عزام: "وما يقوم به الطبيب الشرعي في هذه الأيام إنما هو من قبيل العمل بالقرائن، حيث يستدل من خلال الدم، أو البصمة الوراثية، أو المني، أو الشَّعر على القاتل أو المغتصب إنما هو قياس على ما ورد في القرآن، أو السنة، أو على ألسنة فقهاء المسلمين"[3].

الفرع الثاني: حجية الطب الشرعي في القانون المقارن

إن إجراءات الإثبات أمام القضاء، والتي تتصل خاصة بالمواد المدنية والتجارية أو الأحوال الشخصية، هي تتعلق بقواعدها بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، فالقانون المدني عُني بأحكام الإثبات دون التعرض لإجراءاتها، وقانون الإجراءات المدنية يطرق خاصة إلى بيان الإجراءات التي تباشر حسبها طرق الإثبات من دون الاهتمام بالأحكام الموضوعية[4]، وعلى هذا الأساس فإن إجراءات التحقيق تكون بطلب الخصوم أو بطلب من أحدهم، أو يأمر بها القاضي من تلقاء نفسه، وهكذا كيفا كانت نوعية الإجراء[5].

وعليه فإن إجراءات الخبرة تمر بثلاث مراحل؛ فهي تنطلق بتعيين الخبير، ثم يقوم الخبير بأعمال

1- النووي، روضة الطالبين، 128/6.

2- ابن قدامة، المصدر السابق،203/6.

3- طارق صالح يوسف عزام، أثر الطب الشرعي في إثبات الحقوق والجرائم، دار النفائس- بيروت، ط1: 2009م، ص63.

4- الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1: 2001م، ص131.

5- المرجع نفسه، ص132.

الخبرة في إطار المهمة المسندة إليه، وبعده تأتي مناقشة تقريره ومدى الأخذ به[1]، ومن هنا فإن الخبرة تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات المباشرة كالمعاينة لاتصالها بالواقعة المراد إثباتها تتم بواسطة أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة في النواحي الفنية التي لا تتوافق لدى القضاة، وهي تقتصر على المسائل الفنية التي يصعب على القاضي الإلمام بها دون المسائل القانونية؛ لأن المحكمة مفروض فيها العلم بهذه المسائل علما كافيا لأداء وظيفتها[2].

وعند الرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أن قانون الإثبات المصري نص في المادة 13 على: "للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة خبراء..."، ونصت المادة 136 من قانون الإثبات في فقرتيها الأوليين على أنه: " إذا اتفق الخصوم على اختيار خبير واحد أو ثلاثة خبراء أقرت المحكمة اتفاقهم، وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها .. إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة، وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف الخاصة في الحكم."[3] وتنص المادتان 32، 33 من المرسوم بقانون رقم 96 لسنة 1952م على أن يكون بمقر كل محكمة ابتدائية أو استئنافية قسم للطب الشرعي تعين دائرة اختصاصه بقرار من وزير العدل، وعلى أن يجوز لوزير العدل أن يلحق بأقسام الطب الشرعي التي توجد بمقر محاكم الاستئناف فروعا للمعامل السيرولوجية أو للمعامل الكيميائية أو لمباحث التزييف والتزوير أو غيرها من الفروع وأن يعين القرار دائرة اختصاص كل منها[4]، ونصت المادة 279 أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه:" إذا كان الفصل في الدعوى موقوفا على تحقيق أمور تستلزم معرفة فنية كان للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المتداعين أنه يقرر إجراء تحقيق فني"، ونصت المادة 101 مرافعات تونسي على أنه إذا اقتضى الحال إجراء اختبار يتولى الحاكم تعيين الخبير ما لم يتفق الطرفان على خبير معين"[5].

أمّا قانون الإجراءات المدنية الجزائري نجد أنه وضع أحكام الخبرة بالتفصيل في عدة نصوص من 126 إلى 131، حيث نصت المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "يجوز للقاضي

1- المرجع نفسه، ص135.

2- محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط: 2003م، ص207.

3- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد، ط4: 1986م،325/2.

4- المرجع نفسه، 333/2.

5- المرجع نفسه، 325/2.

من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"[1]، كما نص قانون الإجراءات الجزائية على الخبرة في المواد: 143 إلى 156[2].

وخلاصة للقول: فمن خلال هذه الآيات والأحاديث والآثار المذكورة آنفا، بالإضافة إلى القانون الوضعي يتبين لنا أن الطب الشرعي يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات يتوصل بها إلى معرفة الحق، وقد اعتمد النبي-صلى الله عليه وسلم- القيافة في معرفة الحق والوصول إليه، كما أن الصحابة -رضي الله عنهم- اعتمدوا في حكمهم على القرائن، ولا يتأتى هذا إلا من كان له دراية وخبرة في معرفة القرائن، كما أن القانون الوضعي اعتمد على الخبرة في إثبات الواقعة المتنازع فيها، وهذا يدل على وجوب الرجوع إلى أهل الخبرة في المسائل التي لا يمكن معرفتها إلا بهم، وما يقوم به الطبيب الشرعي إنما هو من قبيل العمل بالقرائن كاستعمال تحليل الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب، وغيرها، لذلك فإن الطب الشرعي يعتبر نوع من المعاينة الفنية تتمثل في تحقيق بعض القضايا التي تتوقف على بعض الجوانب الفنية التي لا يتسنى للقاضي الوقوف عليها بنفسه، وهو من أهم طرق الإثبات المباشرة التي يقف القاضي بواسطتها على حقيقة النزاع.

المطلب الثالث: التقرير الطبي وأثره في الإثبات

تناولت في هذا المطلب ماهية التقرير الطبي من خلال تعريفه ومحتواه، ثم أثر التقرير الطبي في إثبات الوقائع المتنازع فيها.

الفرع الأول: ماهية التقرير الطبي (rapport médical – medical report)

أولا: تعريف التقرير الطبي: هو التقرير الذي يحرره الطبيب بعد دراسة وافية، وتشخيص المرض الذي

1- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينظر: الجريدة الرسمية عدد: 21،الصادر في: 17 ربيع الثاني 1429هـ، الموافق لـ 23 أفريل 2008م.

2- أمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 18 صفر 1386خ، الموافق لـ 08 يونيو 1966م، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية: السنة الثالثة، العدد: 48، الصادر في: 20 صفر 1386خ، الموافق لـ 10 يونيو 1966م، المعدل بقانون رقم 15-06 المؤرخ في 25 ربيعالثانيعاما1436هـ، الموافق لـ15 فبراير سنة2015م، يعدل ويتمم القانون رقم01 -05 المؤرخ في 27ذي الحجة عام 1425هـ، الموافق لـ 6 فبراير سنة 2005م، والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، الجريدة الرسمية، العدد: 08.

يشكو منه، أو بعد انتهاء فترة العلاج أو بعد الجراحة[1].

ثانيا: محتوى التقرير الطبي: يتكون التقرير الطبي من ثلاثة أقسام هي:

1-الديباجة: تتكون من اسم الطبيب، ووظيفته، وعنوانه، واسم المنتدب ووظيفته، وساعة استلام الانتداب، والزمان والمكان الذين أجرى فيهما الكشف مع مراعاة الدقة، وذكر كيفية حلف اليمين، وأسماء من حضروا بصفة مندوبين من قبل الشرطة، أو النيابة، أو مندوبي القناصل، أو أطباء آخرين مع ذكر الأسئلة الموجهة إليهم، إضافة إلى اسم الشخص المراد الكشف عنه وسنه وأسماء الذين وجدوا معه عند الكشف، والالتزام بتحديد وإثبات ساعة إجراء التشريح في ديباجة التقارير، وتوخي الدقة في وصف التغيرات المتواجدة بالجثة[2].

2- المناقشة:(صلب التقرير): وهو عبارة عن وصف الحالة التي وجد فيها المصاب أو الجثة وصفا كاملا دقيقا، مع ذكر حالة التيّبس أو التعفّن الرمّي التي شوهدت وقت تشريح الجثة، ووصف الملابس التي كانت عليها وصفا دقيقا، وما بها من تمزقات، وحالتها وشكلها وأطوالها، وهل هي حديثة أو قديمة[3]، فالواجب على الطبيب هنا أن يذكر ما شاهده فقط من أوصاف ومقاييس دون استنتاجاته الخاصة به[4].

3- النتيجة: تحتوي على الاستنتاجات التي لابد أن ترتب على شكل نقاط واضحة، بحيث تتضمن ما شاهده الطبيب على الجثة، أو المصاب من العلامات والإصابات، وما اتصل به من المعلومات، أو الشبهات عن الحادثة، ثم يبدي رأيه عن سبب الإصابة أو الوفاة، والوقت الذي مضى على الإصابة، الأسئلة التي تطلبها الهيئة المنتدبة بكل دقة وعناية مع توخي الدقة التامة في ظاهرة التيبس والرمِّي، والتنويه في نتيجة التقرير إلى أن تحديد وقت الوفاة تأسيا على درجة تقدم المظاهر الرسمية بالجثة إنما هو تقدير تقريبي حتى لا يتعارض مع الوقت الثابت للواقعة من التحقيقات [5].

1- كنعان، الموسوعة الفقهية الطبية، ص187.
2- القرداغي، المرجع السابق، ص160.
3- طارق صالح يوسف عزام، المرجع السابق، ص53.
4- القرداغي، القضايا الطبية المعاصرة، ص161.
5- المرجع نفسه، ص161.

الفرع الثاني: أثر التقرير الطبي في إثبات الوقائع المتنازع فيها

التقرير الطبي يعتبر شكلا من أشكال الشهادة التي أمرنا شرعا بأدائها وعدم كتمانها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾[1]؛ لهذا لا يجوز للطبيب الشرعي أن يمتنع عن إعطاء الحقيقة أو أن يكذب في تقريره؛ باعتبار أن التقرير الطبي نوع من الشهادة، والشهادة يجب أن تكون صادقة خالصة لله كما قال تعالى:﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[2]، كما أنه يعتبر ذا أهمية كبيرة في القانون بوصفه دليلا قويا من أدلة الإثبات أما المحاكم، حيث إن الطبيب الشرعي هو السند الأساسي للقاضي في الفصل في القضايا المعروضة أمامه، وعليه فأن التقرير الطبي يجب أن يحتوي على المعلومات الصحيحة التي توصل إليها الطبيب من خلال الفحص السريري والفحوص المخبرية وبقية الوسائل المساعدة[3]، وعليه فإن التقرير الطبي الشرعي هو شرح وتفسير مكتوب بخبرة الطبيب الفنية التي يقوم بها الخبير بناء لطلب القضاء أو من يمثله، وتتعلق بأسباب حادث ما فتبين ظروفه ونتائجه، ومن أهم المسائل التي يطلب فيها من الطبيب الشرعي إبداء الرأي:

1-الوفيات المفاجئة غير معروفة السبب خاصة عند أشخاص أصحاء ليسوا في سن متقدمة.

2- الوفيات المشبوهة أو التي تعقب عملا عنيفا أو حادثا معينا.

3- وفيات المساجين والموقوفين العدليين.

4- نبش القبر وتحديد سبب الوفاة خاصة عند الادعاء بالتسبب بالوفاة.

5- المصابين جسديا بعد اعتداء ما.

6- حوادث السير وحوادث العمل.

7- في قضايا تحديد السن وتحديد الأبوة.

8- في قضايا الاغتصاب واللواط والإجهاض الجنائي.

9- دراسة الحالة العقلية لشخص ما أو أهليته المدنية.

1- سورة البقرة، الآية: 283.

2- سورة الطلاق، الآية: 2.

3- كنعان، المرجع السابق، ص214-215.

10- للتقارير الطبية أثر في دعوى الطلاق للعيب، أو وجود عجز جنسي، أو الإصابة بالجنون، وغير ذلك.

11- تحديد أولية الوفاة الجماعية كالهدم، والغرق، والحرق، وحصر الإرث بين المتوفين[1].

وخلاصة القول: إن الطبيب الشرعي تكمن أهميته في إثبات الحقائق عن طريق وسائل هي في الحقيقة قرائن يعتمد عليها في حكمه، فهو بذلك يمثل حلقة وصل بين القاضي والخصوم، بحيث أن الطبيب الشرعي ينير للقاضي معرفة أسباب الجريمة وتاريخ حدوثها، ويعمل على مكافحة الجريمة وتقديم إحصائيات للأمن في القضايا الأكثر انتشارا من أجل القيام بإجراءات وقائية تحول دون تلك الجرائم[2]، أمّا بالنسبة للخصوم فالطبيب الشرعي يعتبر لهم وسيلة في إثبات حقوقهم، فهي بمثابة شهادة لهم.

1- شحرور، المرجع السابق، ص17. يوسف عزام، المرجع السابق، ص56-57.

2- الجابري، الطب الشرعي والسموم، دار الثقافة للنشر- عمان، ط1: 2002م، ص11.

المبحث الثاني: وسائل الطب الشرعي وأثرها في إثبات الوقائع المتنازع فيها

يعتمد الطب الشرعي أساسا على الفحص الطبي الذي بدوره يستعين على وسائل طبية وبيولوجية توصله إلى الحقيقة المتنازع فيها، كما أنه يعتمد أيضا على التشريح في حالة الجهل بأسباب الوفاة، وغيرها، وبالتالي فإن وسائل الطب الشرعي كثيرة ومتنوعة، لذا سأقتصر على ما له علاقة بالبحث؛ لأن المجال التطبيقي للدراسة ينصب على قضايا الأحوال الشخصية المتمثلة في إثبات النسب أو نفيه، وقضايا الميراث كقضايا إثبات استحقاق الميراث للحمل، والخنثى، وتحديد أسبقية الوفاة، وغيرها، وعلى هذا الأساس قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول تناولت فيه الفحص الطبي وأثره على نظام الإثبات، ومطلب ثان تناولت فيه التشريح وأثره على نظام الإثبات.

المطلب الأول: الفحص الطبي

الفرع الأول: مفهوم الفحص الطبي (Diagnosticmédical – Medicaldiagnosis)

لتحديد مصطلح الفحص الطبي يتطلب منا تعريفه باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة الفحص وكلمة الطبي، وباعتباره علما لقبا؛ أي مركبا إضافيا.

أولا: تعريف الفحص الطبي باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة الفحص، وكلمة الطبي

1- تعريف الفحص لغة

الفحص: شدة الطّلب خلال كلِّ شيء؛ فحص عنه فحصا: بحث، وكذلك تفَحّص وافتحص، وتقول: فحصت عن فلان وفحصت عن أمره لأعلم كنه حاله، يقال: فحصت عن الأمر فحصا، وقد فحص عنه من باب قطع وتفحّص وافتحص بمعنًى. والدُّجاجة تفحص برجْليها وجناحيْها في التّراب تَتّخذ لنفسها أُفحوصة تبيض أو تجثِم فيها[1]. من خلال التعريف اللغوي نستنتج أن الفحص هو البحث عن حقيقة الشيء المفحوص.

2- تعرف الطب: سبق الإشارة إلى التعريف بمصطلح الطب[2]، وتفاديا للتكرار فهو: علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة، ويسترد زائلها[3].

1- الجوهري، المصدر السابق،648/3. الرازي، مختار الصحاح، ص429. ابن منظور، المصدر السابق، 135/11.

2- ينظر: ص82 من هذا البحث.

3- ابن سينا، المصدر السابق، 3/1.

ثانيا: تعريف الفحص الطبي باعتباره علما لقبا

ورد تعريف الفحص الطبي بعدة تعريفات كلها متقاربة ومتشابهة في المعنى، منها:

1- هو الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة أو المرض وتشخيصه، وما الذي أدى إلى هذه العلة أو المرض، ويشمل الفحص الطبي معاينة علامات المرض وأعراضه وسؤال المريض عن تاريخ بداية هذه العلامات والأعراض، وسؤاله عن الأمراض التي سبق أن أصيب بها، وغالبا ما يستكمل الفحص الطبي ببعض الفحوص المخبرية أو الصور الشعاعية والتنظير بالمناظير أو غيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في الوصول إلى التشخيص[1].

2- هو معرفة حالة الإنسان الصحية، كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة، وعلى الكشف المبكر للأمراض، وهي في أطوارها الأولى[2].

3- هو المقدمة التي يقوم بها الطبيب أو المعالج ليصل بها إلى تشخيص المرض ووصف العلاج المناسب، سواء أكان العلاج بالأدوية، أم بالجراحة الطبية[3].

4- هو إجراء طبي يسمح بتحديد طبيعة وأسباب العلل الجسمية التي يعاني منها المريض[4].

الفرع الثاني: مراحل الفحص الطبي: قسمت بعض الأنظمة الحديثة الفحص الطبي إلى مرحلتين:

1- **المرحلة التمهيدية:** وهي التي يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدما يده أو أذنه أو عينيه، أو بعض الأجهزة البسيطة كمقياس الحرارة، كما يقوم الطبيب بسؤال المريض، أو ذويه في بعض الحالات عن بعض الأعراض المهمة التي يمكن من خلالها معرفة نوعية المرض وتشخيصه، وبعد ذلك يقوم الطبيب بإجراء الفحص الجسماني المشتمل على أربعة طرق رئيسية هي:

1- كنعان، المرجع السابق، ص715.

2- صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج –دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، ط2: 2011م، ص55.

3- منصور محمد خالد، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس- الأردن، ط2: 2004م، ص23-24.

4- Yves Morin, Petit Larousse de la médecine, P 260.

أ- الملاحظة: والمراد بها توجيه النظر إلى المريض من حيث حالته العامة إجمالا.

ب- اللمس أو الجس: فيضع الطبيب يده أو أصابعه على مواضع معينة ليعرف حالتها، وتظهر له التغييرات غير الطبيعية التي طرأت عليها.

ت- القرع: وفيها يقوم الطبيب بنقر الموضع بأصابعه لاستجلاء التغيرات الموجودة في ذلك الموضع ولا سيما في فحص الصدر، حيث تظهر للطبيب بواسطة القرع التغييرات التركيبية التي طرأت على الأنسجة، وذلك من خلال تغير مسمع الصوت المنبعث منها عند قرعها.

ث- التسمع إلى الأصوات الصادرة عن حركات أعضاء الجسم أثناء تأديتها وظائفها: كالتنفس، وضربات القلب، فيقوم الطبيب بالتركيز على تلك الأصوات لمعرفة التغيرات غير الطبيعية التي طرأت عليها.

2-**المرحلة التكميلية:** وهي التي يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص أكثر عمقا، ويعتمد في هذه المرحلة-غالبا- على أجهزة وآلات أكثر دقة في تشخيص الأمراض ومعرفة نوعيتها، ومن تلك الأجهزة والآلات التصوير بالأشعة السينية، والمناظير الطبية (المنظار المستقيم، والمنظار التشعبي)، وتدخل ضمن هذه المرحلة التحاليل المخبرية مثل تحاليل الدم، والبول، والبراز، كما تدخل الدراسات المعملية التي تتضمن دراسات كيميائية الاختبار الذي يجري لتقدير كمية السكر في الدم، والدراسات المجهرية (ميكروسكوبية) مثل فحص لطخة شريحة من الدم والدراسات الفيزيقية مثل الاختبار الذي يجري لتقدير معدل الترسيب لمحتويات الدم[1].

الفرع الثالث: أثر الفحص الطبي في إثبات الحقائق والوقائع المتنازع فيها

الفحص الطبي له أثر كبير في معرفة إثبات الوقائع المتنازع فيها، ولا شك أن الفحص الطبي الناجح يعتمد أساسا على وسائل طبية توصله إلى الحقيقة كالفحوصات المخبرية المتمثلة في تحاليل الدم، والبول، والبصمات الوراثية عند الحاجة إليها، وكذلك التصوير بالأشعة السينية وهذا لتشخيص الحالة التي تعرض على الطبيب الشرعي كوجود الحمل أو عدمه أثناء وفاة المورث، وغيرها، وقد

1- الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة- جدة، ط2: 1994م، ص213-215.

تناولت وسيلتين من وسائل الفحص الطبي باعتبارهما أكثر تداولا في هذا العصر، وهما تحليل فصائل الدم، والتحليل الجيني (البصمة الوراثية).

أولا: تحليل فصائل الدم

1- طبيعة الدم ومكوناته

أ-طبيعة الدم

- لغة: أصله دمي ج: دماء ودمي، وهو السائل الأحمر الذي يجري في عروق الإنسان والحيوان[1].

- اصطلاحا: وردت تعريفات كثيرة للدم منها:

*هو عبارة عن نسيج سائل من أشكال النسيج الضام يجري داخل الجسم[2].

* هو السائل الأحمر الموجود في الأوعية الدموية والقلب[3].

* هو السائل الأحمر القاني الذي يحمل الحياة لكل خلية من خلايا الجسد ويمنحها القدرة على أداء وظيفتها[4].

* هو السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية من شرايين وأوردة وشعيرات دموية، والمصنع الأساسي للدم هو نقي العظام (**Bone MARROW**)، الذي ينتج أكثر من (8 ملايين خلية/ثا)[5].

*هو السائل الذي يتكون أساسا من بلازما (ماء، أيونات، بروتينات، ليفين، عامل التخثر)، وخلايا الدم (كريات الدم البيضاء، كريات الدم الحمراء)، وصفائح دموية، ينقل المواد المغذية (الأحماض الأمينية، الغلوكوز، الأكسجين، والمواد الدهنية (اللبيدات))، ومخلفات الخلايا (ثاني أوكسيد الكربون،

1- قلعجي، المرجع السابق، ص210.

2- الشاعر عبد المجيد، ونزار فؤاد جاد الله، وحكمت خليل جبر، بنوك الدم، دار المستقبل للنشر- عمان، ط1: 1993م، ص3.

3- هشام الخطيب، أهمية التبرع بالدم، ينظر: مجلة الوعي الإسلامي، سنة 1420هـ، العدد: 229، ص104.

4- وجدي رياض، الدم وسر الحياة، الهيئة المصرية للكتاب، (د.ط)، ط: 1986م، ص5.

5- كنعان، المرجع السابق، ص 462.

اليوريا، الحرارة)، هرمون وأجزاء من الجهاز المناعي من وإلى الخلايا[1].

من خلال التعريفات التي أوردها المختصون يمكن أن نستخلص تعريفا جامعا مانعا للدم يكون بالشكل الآتي: "هو عبارة عن نسيج سائل من أشكال النسيج الضام، أحمر قاني ينشأ في نقي العظام، يجري في العروق الدموية من شرايين وأوردة وشعيرات دموية، يحمل الحياة لكل خلية من خلايا الجسد ويمنحها القدرة على أداء وظيفتها".

ب– مكونات الدم ووظائفه: يتكون الدم من ثلاثة عناصر أساسية:

– المصورة(plasma): وهي سائل يميل لونه إلى الصفرة، وتشكل حوالي (55٪)من حجم الدم ومهمتها الأساسية هي تسهيل حركة الخلايا الدموية، وحمل العناصر الغذائية من جهاز الهضم إلى سائر الخلايا، وتوصيل الفضلات الناتجة عن أنشطة الجسم المختلفة من عرق وبول ونحوه إلى الأجهزة المختصة لطرحها إلى خارج البدن.

– كريات الدم: وهي تتكون من كريات الدم الحمراء، وكريات الدم البيضاء.

* **كريات الدم الحمراء (Erythrocytes):** تبلغ نسبتها وسطيا (5ملايين/ملم مكعب)، ومهمتها الأساسية نقل الأكسجين من الرئتين إلى سائر خلايا البدن، والعودة بثاني أكسيد الكربون من الخلايا إلى الرئتين للتخلص منه.

* **كريات الدم البيضاء (Leucocyte - Leukocyte):** تبلغ نسبتها وسطيا (5آلاف/ملم مكعب)، ومهمتها الأساسية الدفاع عن الجسم ضد العوامل المرضية من جراثيم ونحوها.

– صفيحات دموية (Plaquettes sanguines - Platelets): تبلغ نسبتها وسطيا (300ألف/ملم مكعب)، مهمتها الأساسية المساهمة في تخثر الدم ووقف النزيف عند حدوث جرح أو نحوه من الإصابات.

1- Biology dictionary, Third Edition, Royal University ofPhenon Penn, 2002. Entry: Blood, p57

يشكل الدم نحو(7٪)من وزن الإنسان، وإذا ما فقد الإنسان كمية من دمه فإنه يتعرض للموت؛ لأن الدم يحمل إلى الخلايا عنصر الحياة الأول وهو الأوكسجين، ولهذا يعبر الفقهاء عن القتل بـ (إراقة الدم)؛ لأن القتل يترافق في الغالب بنزيف دموي (**Bleeding**)[1].

2- فصائل الدم (الزمر الدموية)(Groupes sanguins – Blood types)

لاحظ لا ند شتاينز أن مزج الكريات الحمراء لشخص ما مع مصل الدم لشخص آخر سيؤدي لظاهرة تراص الكريات الحمراء عند بعض الأشخاص، ويغيب هذا التراص عند البعض الآخر[2]، وتضم كريات الدم الحمراء أربعة أنواع من فصائل الدم، يمكن توزيعها على البشر بالنسب التالية:

- **الفصيلة O**: تشكل 45٪من دم البشر تقريبا.
- **الفصيلة A**: تشكل 42٪ من دم البشر تقريبا.
- **الفصيلة B**: تشكل 10٪من دم البشر تقريبا.
- **الفصيلة AB**: تشكل 03٪ من دم البشر تقريبا.

وهذا يعني أن 45٪من عدد البشر يشتركون في فصيلة**O**، و42٪ منهم يشتركون في فصيلة**A**...الخ، من هنا كان اتفاق الفصيلة لا يعني شيئا، ولا يقطع بأن هذه العينة من الدم لهذا الإنسان بالذات لمجرد توافق الفصيلة، أما إذا اختلفت الفصيلة فهذا يعني بصفة قاطعة أن الدم ليس خاصا بذلك الإنسان بالذات[3]، والجدول التالي يوضح لنا معرفة أنواع فصائل الدم[4]:

الفصيلة	الراصة بالكريات الحمراء	الراصات بالمصل
A	**A**	Anti **B**
B	**B**	Anti**A**
O	-	Anti**A**+Anti **B**
B،A	**B،A**	-

1- كنعان، المرجع السابق، ص 462.
2- شحرور، المرجع السابق، ص256.
3- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص392.
4- شحرور، المرجع نفسه، ص256.

من خلال الجدول يمكن تحديد مفهوم كل فصيلة وهذا بحسب الراصات التي تحدث في المصل، حيث نلاحظ أن كريات الدم الحمراء تحتوي على نوعين من الراصات هي **A**و**B**،والمصل يحتوي على أجسام مضادة في المصل، وعليه فإن فصائل كريات الدم الحمراء تنقسم إلى أربعة أقسام:

أ- الفصيلة A: هي التي يوجد على سطح كريات الدم الحمراء راصات من نوعA، ويحتوي مصلها على أجسام مضادة من نوع B.

ب- **الفصيلة B**: هي التي يوجد على سطح كريات الدم الحمراء راصات من نوعB، ويحتوي مصلها على أجسام مضادة من نوع A.

ث- **الفصيلة O**: هي التي لا يوجد على سطح كريات الدم الحمراء راصات من نوعA، أو B، ويحتوي مصلها على أجسام مضادة من نوع Aو B .

ج- **الفصيلة AB**: هي التي يوجد على سطح كريات الدم الحمراء راصات من نوعA،وB، ولا يحتوي مصلها على أجسام مضادة من نوع A، أو B.

يقول الدكتور شحرور: "وهكذا يظهر من الجدول أهمية هذا الاكتشاف خاصة في مسائل نقل الدم حيث يجب أن يتم التوافق بين فصائل دم الآخذ والمعطي، فالشخص الذي يحتاج لكمية دم من فئة A لا يمكن إعطاؤه دما من فئة B حيث يتواجد في مصل الأول مضادات راصة لـ B(AntiB) وكذلك الأمر للزمر الأخرى، فنقول هنا أن A يجب أن يأخذ من شخص فصيلة دمه A.

أمّا إذا كانت كمية الدم المحتاج لها شخص ما كبيرة جدا وتقتضي الضرورة اسعافه بأسرع وقت ممكن فإنه يمكن للمحتاج ذو فصيلة AB أن يأخذ دما من أي فصيلة أخرى، بينما الذين فصيلتهم O لا يمكنهم إلا أخذ دم من فصيلة "O[1].

3-أثر فصائل الدم على نظام الإثبات

إن النتائج السلبية المتحصل عليها من فحص الدم هي نتائج قاطعة في دلالتها، فمثلا يمكن القطع بأن رجلا بذاته ليس والدا لطفل بذاته، بينما لا يمكن إثبات أن هذا الرجل هو والد ذلك الطفل، وأساس هذا الإثبات يعتمد على قانون مندل للوراثة، وأشهر تقسيمات فصائل الدم شيوعا

1-شحرور، المرجع السابق، ص258.

هي: **O**–A–B–AB، وأمكن عن طريق الاختبارات وضع جدول يوضح لنا العلاقة بين فصيلة دم الأب والأم والابن[1].

فصيلة دم الأبوين	الفصائل المحتملة للأبناء	الفصائل غير المحتملة للأبناء
O×O	O	A,B,AB
A×O	O,A	B,AB
O×B	O,B	A,AB
A×B	A,B,AB,O	-
AB×AB	A,B,AB	O
A×A	A,O	B,AB
B+B	B,O	A,AB
A×AB	A,B,AB	O
B×AB	B,A,AB	O
O×AB	A,B	O,AB

يقول الدكتور شحرور من خلال نتائج الجدول أن قوانين الوراثة تظهر كما يلي:

أ- لا يمكن لفصيلة دم أن تظهر عند الطفل ما لم تكن مورثاتها موجودة في واحد من الأبوين أو في كليهما.

ب- إذا كان الفرد حاملا مورثات مشابهة لفصيلة دمه (AA)؛ أي: بتجانس المورثة، فستظهر الفصيلة هذه في كل ذريته.

ت- إن مولدات الراصة يتم توارثها بشكل زوجي، كل فردمنها يتأتى من واحد من الأبوين، فمثلا تكون الصورة الوراثية للفصيلة A على شكل AA أو BO، ومن هنا فالزوج الوحيد الذي تنتج

1- عبد الحكم فودة، المرجع السابق،ص391.

عنه الفصائل الدموية الأربعة هو بين أبوين فصائلهم AوBوتكون المورثة لديهم AO وBO، فإذا تم تزاوجهم AO×BO، فيستنتج منه الفصائل الدموية الأربعB، AB، B، O [1].

ثانيا: التحليل الجيني (Analyse Génétique - Genetiqueanalysis)

1– تعريف البصمة الوراثية (Empreinte Génétique – DNA fingerprinting)

تعرف البصمة الوراثية باعتبارين: باعتبار مفرديها؛ أي: كلمة "البصمة"، وكلمة "الوراثية"، وباعتبارها علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا.

أ- تعريف البصمة الوراثية باعتبار مفرديها

- تعريف البصمة لغة واصطلاحا:

* **لغة:** البصمة مشتقة من البُصم، وهو فوت ما بين طرف الخِنْصِر إلى طرف البِنْصِر، والفوْت ما بين كلّ أُصبعَين طولا، وهي أثر الختم بالإصبع[2].

* **اصطلاحا:** هي الانطباعات أو العلامات التي تتركها رؤوس الأنامل عند ملامستها أحد السطوح المصقولة، سواء أكانت ظاهرة أم خفية، وهذه الانطباعات صور طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد أصابع الكفين والقدمين[3].

- تعريف الوراثية لغة واصطلاحا:

* **لغة:** الوراثية نسبة إلى الوراثة، وهي مصدر ورث، يقال: وَرِثَ فلانٌ أَباه يرثه وِراثة ومِيراثا، وتقول: أورثه الشيء أبوه، وهم ورثة فلان، وورّثَه توْريثا؛ أي: أدخله في ماله على ورثته، وتوارثوه كابرا عن كابر، وتقول: ورث فلان المال، ومنه، وعنه ورثا، وإرثا، وورثة، ووراثة: صار إليه ماله بعد موته[4].

* **اصطلاحا:** هو علم يبحث في انتقال صفات الكائن الحيّ من جيل إلى آخر، وتفسير الظَّواهر

1- شحرور، المرجع السابق، ص258-259.

2- ابن منظور، المصدر السابق، 97/2. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق، ص80.

3- الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، (د.ط)، ط: 2013م، ص100.

4- ابن منظور، المصدر السابق، 189/15-190.سعدي أبو حبيب، المرجع السابق، ص377.

المتعلّقة بطريقة هذا الانتقال[1].

ب- تعريف البصمة الوراثية باعتبارها علما لقبا؛ أي: باعتبارها مركبا إضافيا

- تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، حيث قالت: "إن البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات المورِّثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية"[2]

- عرفها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة بأنها: "البنية الجينية نسبة إلى الجينات؛ أي: المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من أي خلية بشرية."[3]

- وقد عرفها الدكتور سعد الدين هلالي بأنها: "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع عن طريق المورثات أو الجينات الكامنة في الحيوان المنوي للأب وفي بييضة الأم"[4]، وعرّفها في مكان آخر بأنها: "هي العلامة المخلوقة في خلايا الإنسان، والمعينة على هويته، والتي تسمع بالتعرف على أصوله وفروعه بصفة أساسية"[5].

- وعرفها إبراهيم أبو الوفا بأنها "الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها

1- معجم اللغة العربية المعاصرة، 2422/3. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق، ص1066.

2- ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشريوالعلاج الجيني، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية- الكويت، 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ، الموافق لـ 13-15 أكتوبر 1988م، ط: 2000م، 1050/2، نقلا عن: الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1: 2013م، ص45.

3- القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. ينظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة، المنعقدة في: 21-26 شوال 1422هـ، الموافق لـ 5-10 يناير 2002م، 343/3.ينظر: موقع رابطة العالم الإسلاميwww.themwl.org/Fatwa

4- سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية- دراسة فقهية مقارنة، مكتبة وهبة- القاهرة، ط1: 2010م، ص30.

5- المرجع نفسه، ص40.

تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدنا الذي تحتوي عليه خلايا جسده[1].

– البصمة الوراثية أو الـ ADN هو الحمض الريبي النووي منقوص الأوكسجين، ويشكل الجزيء الداعم للمعلومة الوراثية بحيث يضمن نقلها إلى جميع الأجيال الجديدة للخلايا البنات[2].

من خلال هذه التعريفات نلاحظ أنها تتفق في أن البصمة الوراثية هي:" المورثة التي تحدد هوية الفرد، وتنتقل عبر الأجيال من الآباء إلى الأبناء".

2–خصائص البصمة الوراثية

في عام 1953م على يد العالمين جيمس واطسون**(James Watson)** وفرنس كريك**(Francis Crick)** تمّ اكتشاف الحمض الريبي النووي (الـ ADN)، والمتركز في نواة أي خلية، حيث أظهر التحليل الكيميائي جزيء الـ ADNيتكون من شريطين يلتفان حول بعضهما على هيئة سلم حلزوني، كل سلسلة تحتوي على عدد من النيكليوتيدات، وكل نيكليوتيد يتكون من قاعدة آزوتية (الأدنين A أو التايمينT أو السيتوزينC أو الغوانينG) + ريبوز منقوص الأكسيجين + حمض الفسفور، ويوجد الحمض الريبي النووي في أنوية الخلايا في شكل صبغيات (كروموسومات)[3]، والتي بدورها مسؤولة عن حمل الصفات الوراثية[4].

من خلال الدراسات التي توصل إليها علماء البيولوجيا في اكتشاف البصمة الوراثية، أو ما يسمى ببصمة الـ ADN بالفرنسية، والـDNA بالانجليزية، وجدوا أنها تتميز بخصائص هي كالتالي:

– عدم التوافق والتشابه بين اثنين عند تحليل البصمة الوراثية إلا في حالة التوائم المتماثلة فقط، وتشير الدراسات الحديثة على أن احتمال تواجد نفس التتابع في جزئية الـ ADN عند شخصين مختلفين

1- إبراهيم أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون والذي عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ: 5-7 مايو 2002م، العدد:02، ص685.

2- www.futura-sciences.com

3- **كروموسومات**: هو عنصر يوجد في نواة الخلية، ويحمل المعلومة الوراثية ويسمح بتوزيعها بالتساوي بين الخلايا البنات أثناء عملية الانقسام الخلوي. ينظر المرجع السابق: Yves Morin, Petit Larousse de la médecine, P 178

4- James D. Watson with Andrew Berry, DNA the secret of life, Plfred a. Knopf – NewYork, P 2003, P 6, 36, 37

(غير الأخوة والأقارب) هو بحدود الواحد في مليار مليون، وحتى بين الأشقاء فإن احتمال هذا يكون واحدا من العشرة ملايين[1].

– تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة في تحديد الهوية البيولوجية للفرد، وقد دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع؛ أي: نسبة 100٪، وأما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99٪تقريبا[2]، فهي وسيلة معترف بها في جميع محاكم أوربا وأمريكا في جرائم القتل، والاغتصاب، واللواط، والجرائم الجنسية، وجرائم السرقة[3].

– الحمض الريبي (الـ ADN) الخاص بالإنسان يتكون من 46 صبغيا (23 زوج من الصبغيات)، نصفه يأتي من بويضة الأم والنصف الآخر من نطفة الأب[4].

– أظهرت الدراسات الطبية قدرة وقوة البصمات الوراثية في تحملها لعوامل البيئة (حرارة، رطوبة، جفاف)، الأمر الذي ساعد الأطباء على التعرف عن المفقودين حتى بعد وفاتهم بعدة سنوات، وذلك بواسطة تحليل بقايا العظام، وهذا يعني أنها تحتفظ بخصائصها مدة طويلة[5].

– تتمتع البصمة الوراثية وجزيء الحامض النووي بمقدرته على الاستنساخ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل[6].

– فحص البصمة الوراثية يجرى في أي خلية من خلايا الإنسان الحية كالدم، أو اللعاب، أو الشعر

1- شحرور، المرجع السابق، ص263.

2- السبيل عمر، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع- الرياض، ط1: 2200م، ص12-13.

3- فؤاد عبد المنعم، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، المكتبة المصرية، (د.ت.ط)، ص18.

4- Marilyn C.Jones, Genetics and you, Cleft Palate Foundation-North Caroline (USA), E 2010, P 03

5- بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب بحث محكم، العدد: 37 محرم 1429هـ، ص93. سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص327. الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية- دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس- بيروت، ط1: 2006م، ص48.

6- بندر بن فهد السويلم، المرجع السابق، ص93. سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص327. الكعبي، المرجع السابق، ص48.

أو الجلد أو العظام، أو السائل المنوي، وغيرها[1].

– تظهر بصمة الحامض النووي (ADN) على هيئة خطوط عريضة يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الحاسوب وإلى أمد غير محدد، كما أن قراءة البصمة الوراثية والمقارنة بين بصمتين وراثيتين سهلة وميسرة ولا تحتاج إلى كثير من دراية ودقة تأمل[2].

3– أثر البصمة الوراثية على نظام الإثبات

إن البصمة الوراثية لها دور كبير في معرفة النسب، وهوية المشوهين في الحروب، والجثث المحترقة، وغيرها، وقد أثبتت التجارب الطبية الحديثة بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة: أن لكل إنسان جينوما بشريا يختص به دون سواه لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها، بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كانا توأمين، كما دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع؛ أي: بنسبة 100%، أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99 % تقريبا[3].

المطلب الثاني: التشريح (Anatomie - Anatomy)

الفرع الأول: تعريف التشريح وأنواعه

أولا: تعريف التشريح

1– لغة: شرح: الشّرح والتّشريح: قطع اللّحم عن العضو قطْعا، وقيل: قطْع اللّحم على العظم قطْعا، والقطعة منه شَرْحة وشَرِيحة، وقيل: الشَّرِيحة القطعة من اللّحم المرَقَّقَة، والشّرح: الكشْف، يقال: شرح

1– بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة منتوري قسنطينة، تحت إشراف: أد / بوعبد الله أحمد، السنة الجامعية: 2011–2012م، ص10–11.

2– سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص 328.ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون مجلة علمية محكمة تُعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، العدد: 18، ذو القعدة 1423هـ، يناير 2003م، تصدر عن مجلس النشر العلمي –جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص182.

3– السبيل عمر، المرجع السابق، ص 10–13.

فلان أمره؛ أي: أوضحه، وشرح مسألة مُشْكِلة: بيَّنها، وشرح الشيء يشرَحه شرحا، وشرَّحَه: فَتحه وبيَّنَه وكشَفه. وكلّ ما فُتح من الجواهر، فقد شُرِح أيضا، تقول: شرحت الغامض إذا فسّرته؛ ومنه تشريح اللّحم، قال الراجز: كم قد أكلت كبدا وإنفحه * ثم ادخرت أَلْيَةً مُشَرَّحه[1].

2- **اصطلاحا**:ورد تعريف التشريح بعدة تعريفات منها:

أ-هو العلم الذي يدرس تركيب أجسام المخلوقات الحية وعلاقة أعضائها بعضها مع بعض ويجرى غالبا بعد الوفاة[2].

ب- هو الحقل العلمي الذي يدرس بنية الإنسان (الحيوية)، والعضويات الأخرى، ولقرن ونصف القرنمن الزمن كانت الأنتروبولوجيا الفيزيائية فرعا من علم التشريح الإنساني، أمّا حاليا فهذا المجال يتخذ اسما مغايرا في الكثير من الأكاديميات، وكثيرا ما يسمى البيولوجيا البنيوية structural biology[3].

ت- هو العلم الذي يسمح لنا بدراسة بنية وروابط مختلف الأعضاء والأنسجة التي تتكون منها الكائنات الحية[4]

ثانيا: أنواع التشريح

1- التشريح لأجل التعليم: وهو يجرى عادة في كليات الطب والمعاهد الصحية، بهدف دراسة تركيب جسم الإنسان، وعلاقة أعضائه بعضها ببعض، وكيفية أدائها لوظائفها، ودراسة المظاهر النسيجية للعلل المرضية المختلفة.

2- **التشريح الجنائي**: وهو يجرى عادة لمعرفة أسباب وملابسات الوفاة في الحوادث الجنائية[5]، وهذا النوع يتحدث عن أثر الطب الشرعي في إثبات الحقائق والوقائع المتنازع فيها .

1- الجوهري، المصدر السابق، 233/1. ابن فارس، المصدر السابق، 269/3. ابن منظور، المصدر السابق، 50/8.

2- كنعان، المرجع السابق، ص169.

3- L. L. Mai, M. Young, Owland M. P. Kersting, The Cambridge Dictionary of Human Biology and Evolution, Cambridge University, Press 2005, Entry: "Anatomy 1"

4- www.vulgaris-medical.com

5- كنعان، المرجع السابق، ص169.

الفرع الثاني: الصفة التشريحية

إن التشريح في الطب الشرعي يعتبر من أهم الأعمال وأكثرها دقة لما يترتب عليه من نتائج خطيرة قد تناقض الملاحظات الظاهرية وتقلب المعايير رأسا على عقب، وتظهر أهمية إجراء الصفة التشريحية في كثير من الأمثلة الواقعية، وذلك أنها أثبتت نتائج قد تخالف ما قاله الطبيب الشرعي في تقرير سبب الوفاة، لكن لا تتم إلا بعد انتداب شفوي أو تحريري يصل إلى الطبيب.

يجب أن تتم الصفة التشريحية في النهار والحذر من عملها بالليل في ضوء المصباح مع اختيار المكان المناسب وخلوه من أهل المتوفى وبحضور ضابط محقق لاسيما في حوادث القتل، كما ينبغي عمل التشريح كاملا وفتح التجاويف الكبرى الثلاثة على الأقل ولو كان سبب الوفاة جليا، وذلك لتفادي أي ثغرة قد يستغلها احتجاج الدفاع عن المتهم، وهنا لكل طبيب أسلوبه وطريقة تطبيقه للصفة، ولكن النتيجة النهائية هي جلاء الأمر ومساعدة القضاء[1].

يختلف عمل الصفة التشريحية وفتح الجثة باختلاف الوقت الذي مر على حدوث الوفاة، خاصة لجهة الشق الرئيسي الذي يستعمل لفتح التجويفين الصدري والبطني، ففي الجثث حديثة الوفاة أي تلك التي لم تتعفن وتتفسخ بعد، نستعمل شقا طوليا يمتد من الذقن حتى العانة، أمّا حالات التعفن فإن الشق يكون بيضاويا على جانبي الصدر والبطن يبدأ عند التقاء الترقوة بالقص على الجهتين مارا خارج الحلمتين حتى العانة[2]، ويتم التشريح بالكيفية التالية:

يقف المشرح على يمين الجثة، ثم يشق الجلد بطول الخط المتوسط مبتدئا من الذقن إلى العانة ويسلخ الجلد كي تتجلى الحنجرة وعضلات العنق وأجزاؤه الأخرى ويستمر في سلخ الجلد حتى يتبين القص والأضلاع وغضاريفهما الأمامية ويفحص هذه الأجزاء بقصد العثور على كسور أو كدمات أو إصابات أخرى ثم يعمق الشق حتى يفتح التجويف البريتوني، وقبل حصول أي تغيير في أوضاع الأحشاء البطنية مما عساه قد ينشأ عن فتح التجويف الصدري يلزم فحص وضع الحجاب الحاجز ووصف كل ما يعثر عليه في التجويف البريتوني من سوائل منسكبة كالدم أو المصل أو مواد من

1- شحرور، المرجع السابق، ص20-21. المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته الفنية ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية، ط:2005م، ص34. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص718-719.

2- شحرور، المرجع نفسه، ص21.

محتويات المعدة أو المعي مع تقدير كميتها كما تذكر تمزقات الأحشاء وجروحها ومكان كل منها وحجمه إن وجد شيء من ذلك وكذلك تذكر علامات الالتهاب أو أي علامات حيوية أخرى بالأحشاء[1]، ثم نستخرج الأمعاء الغليظة حتى المستقيم وكذلك الأمعاء الدقيقة، وتشق طوليا لفحص محتواها ومن ثم فحص أنسجتها، ويفضل أخذ الكبد كتلة واحدة مع المعدة والاثني عشر، وتفتح المعدة لتقصي محتواها وغشائها المخاطي، وتفتح قنوات الصفراء عند فتحتها في الاثني عشر، ونفحص سطح الكبد ونسيجها بإجراء شقوق بها ونزيل الطحال ونتفحصه ظاهريا ونسيجيا وكذلك الكليتين ومن ثم المثانة والمستقيم والمهبل عند الانثى، وقد نحتاج في بعض الجرائم الجنسية وفي حالات الإجهاض إلى إزالة الجهاز التناسلي كتلة واحدة فنجري شقا بيضاويا يمر فوق فتحة الإحليل حتى حدود الشرج، ونفصل إلى الأعلى الارتكاز العاني وندفعها إلى الداخل، ثم نزيلها مع الرحم والبوقين كتلة واحدة ونشق المهبل طوليا ونفحص داخله كذلك الرحم والبوقين والمبيضين[2].

ولفتح الصدر يخلع كل من المفصلين الترقويين وتقطع كل الغضاريف الصدرية قرب اتصالها بالأضلاع ويستعمل في ذلك المنشار إذا كانت متعظمة من تقدم السن وبعد نزع القص بفحص الكشاف وجهه الخلفي عله يشاهد كسورا أو مرضا، ثم يفحص الوضع التناسبي للقلب والرئتين ويصف أي انسكاب يعثر عليه في تجويف البلورا وكميته ونوعه دمويا كان أو مصليا أو قيحيا أو غازيا وهل يوجد التصاقات بلورية أو إصابات أو تغيير مرضي على سطح إحدى الأحشاء الصدرية، ثم يفتح التامور بشقه شقا رأسيا للبحث عن انسكابات أو إصابات أو مرض ويفحص سطح القلب وهو في مكانه، وهنا يستحسن فتح الجمجمة وفحص المخ قبل حصول تغيير في امتلاء أوعيته الدموية إذا قطعت الأحشاء الصدرية والبطنية قبل ذلك، وبهذه الطريقة يمكن فحص كمية امتلاء الأوعية الدموية في كل التجاويف الثلاثة الكبرى ومقارنتها في الوقت نفسه.

ولفتح الجمجمة تشق فروة الرأس من الأذن للأذن حول القمّة، ويسلخ الجزء الأمامي ويقلب حتى حاجبي العين وكذلك الجزء الخلفي ويقلب لغاية الحدبة المؤخرية الظاهرة وبعد ذلك يقطع السمحاق بالمشرط حول خط المنشار الذي يلزم أن يحيط بالرأس مارا فوق الحاجبين بمسافة قليلة من

1- المنشاوي، المرجع السابق، ص35. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص719.
2- شحرور، المرجع السابق، ص23.

الأمام وتحت الحدبة المؤخرية الظاهرة بمثل تلك المسافة من الخلف ويلزمنا أن نشير هنا إلى وجوب استعمال المنشار وحده إلى الانتهاء لأن المطرقة والإزميل ربما يحدثان كسورا أو يزيدان في امتداد الكسور التي قد تكون موجودة قبل التشريح أما وقد نزعت قبوة الجمجمة فيصير فحصها من الخارج والداخل ومعرفة سمكها وما إذا كان بها إصابة أو مرض أو تسوس أو التهاب بنسيجها ناشئ عن تقيح أو أورام صمغية ويجب ملاحظة حالة التداريز الطبيعية بعظم الجمجمة وعدم الالتباس بينها وبين الكسور ثم يفحص الطبيب بعدئذ سطح الأم الجافية لمعرفة ما إذا كان هنا نزيف سحائي، أو انسكاب آخر وكميته، وحالة الأوعية وكمية الدم التي بها وهل بهذه السحايا التهابات أو التصاقات، ثم تشق الأم الجافية بطول خط المنشار وتنزع ويفحص سطحها الداخلي وكذلك تفحص الأم العنكبوتية والأم الحنونة، ويأتي بعد ذلك دور فحص المخ وملاحظة حالة أوعيته وهل بها اثيروما أو أنيورزم أو أنزفة على سطحه أو تمزقات في أنسجته أو رضوض أو خراريج وبعد ذلك تفتح خيمة المخيخ وتنزع الدماغ بأكمله بقطع البصلة بالقرب من جزئها السفلي على قدر الإمكان ويتم الطبيب فحص سطح المخ بالكشف على قاعدته ثم يفتح البطينين الجانبيين ويفحص دائرة ويليز والبطينات المخية الأخرى وأي تجمعات للقيح أو النزيف أو ليونة بجوهر المخ، ولهذه الأغراض تعمل قطاعات أفقية بالمخ، وبعدئذ تنزع الأم الجافية عن قاعدة الجمجمة نزعا كاملا للبحث عن كسور أو أمراض بالقاعدة أو أنزفة خارج السحايا، وعند الفراغ من ذلك تفتح بطينات القلب الأربعة وهو في موضعه بشقها ويلاحظ نوع الدم وكميته في كل منها[1].

نضع كتلة ما تحت الرقبة حتى تبرز الجهة الأمامية للعنق بشكل واضح، ونقلب الجلد عند الشق إلى الطرفين فتظهر عضلات العنق وتفحص بدقة، ومن ثم نقطع العضل القصي الترقوي الخشائي ونقلبه إلى أعلى مما يبرز العضلات العميقة وتبعد هذه لتظهر الغدة الدرقية والجديلة العصبية الوعائية، وتظهر أيضا الحنجرة والعظم اللامي وغضاريف القصبة التي تفحص بدقة[2]، ثم تشرح العضلات التي حول الحنجرة للبحث عن اكيموزات في أعماقها ويقطع أسفل الفم حول الفك من الداخل ويجذب اللسان إلى أسفل وتستأصل الحنجرة والقصبة الهوائية والمريء مع القلب والرئتين كلها قطعة واحدة ويلاحظ قطع الأوعية العظمى بعيدا عن اتصالها بالقلب وقطع المريء عند اختراقه الحجاب الحاجز

1- المنشاوي، المرجع السابق، ص35-37. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص720-721.

2- شحرور، المرجع نفسه، ص22.

بعد أن يوضع رباط حول القطع المختلفة منه. ثم يفحص القلب وتجاويفه وصماماته وأوعيته العظمى بكل دقة للبحث عن أمراض الصمامات أو الأنيورزم أو الستحالة الشحمية أو الليفية وشق الشريانين التاجيين بقدر الاستطاعة بمقص رفيع لفحص داخلهما لمعرفة ما بهما من المرض مثل التصلب. ويلزم ملاحظة هيئة الدم في الأوعية الكبرى من حيث سيولته غير العادية أو قتامة لونه أو خفته.

ويفتح المريء ويفحص وكذا الحنجرة والقصبة الهوائية، ويكون الشق على طول الجدار الخلفي لهذه الأعضاء ويفحص أغشيتها المخاطية للعثور على كدمات أو احتقانات أو رغاو ويبحث عن أجسام غريبة في تجويفها أو كسور في الغضاريف أو العظم اللامي مع ملاحظة حالة مفصلي ذلك العظم وهل هما متحركان أو متعظمان والحذر من ارتكاب الخطأ في اعتبار المفصلين كسورا.

ويفحص الرئتين ويفتح الأنابيب الشعبية بشقها بقدر الإمكان بمقص دقيق ويلاحظ حالة احتقانها ووجود زبد رغوي أو أجسام غريبة ثم تستأصل بعد ذلك الأحشاء البطنية ويفحص كل منها على حدة مع ملاحظة محتويات المعدة ودرجة الهضم وعلائم الالتهاب أو وجود سم يرى بالعين المجردة أو انبعاث رائحة خاصة كرائحة الكحول أو حامض الفينيك ثم يكشف على الرحم وملحقاته من حمل أو جنين كاذب(مول) أو التهاب أو علامات الحيض أو وجود جروح أو وخذات بداخله وكذلك حالة المهبل وغشاء البكارة وأعضاء التناسل الظاهرة يجب فحصها للبحث عن كدمات وتمزقات أو مواد منوية.

وتفتح المثانة لفحصها ومعرفة مقدار البول للزلال والسكر ويحتفظ بالبول إذا دعت الحال للتحليل، ثم تشرح العضلات المبطنة للحوض ويبحث عما إذا كانت متخللة بانسكاب دموي مما يدل على احتمال حصول كسور بالحوض، وبعد نزع العضلات يفحص الجزء الداخلي للحوض ويبحث عن كسور أو انتقالات بالسلة الفقرية ويلتفت خاصة إلى الالتواء المحور ويلزم فتح القناة النخاعية الشوكية وفحص الحبل الشوكي على طوله في حالات الأمراض أو الإصابات الموضعية، وفي الحالات التي لا يعثر الطبيب فيها على سبب جلي للوفاة وخاصة عند الأطفال، ويستحسن وزن الأحشاء أو على الأقل الأحشاء الصلبة كلما كان ذلك مستطاعا ويجب فتح الكسور والخلوع لفحصها وفصل الأضلاع عن بعضها بالمشرط وفحصها وهي في موضعها من حيث وجود كسور.

وإن كانت هناك أشياء للحفظ أو إرسالها لمكتب الطبيب الشرعي لأخذ رأيه فيها كالعظم اللامي أو الحنجرة التي بها كسور أو بشرة العنق التي بها تسلخات الأظافر أو علامة رباط أو أريد إرسال عضو

به مرض مثل قلب متشحم وسبب لصاحبه موت الفجأة في ظروف محاطة بالشكوك، أو قطعة من الجلد حول فتحة جرح لمعرفة نوع السلاح المستعمل في إحداثها[1]، فعلى الطبيب:

1-أن يضع ما يريد حفظه أو إرساله في محلول 10٪ من الفورمول
2-عند الشك بوجود إنتان وتقيح ترسل العينات إلى الفحص الجرثومي
3-الفحص الكيميائي لعيناتمن الدم والبول لتحري الكحول والسموم...
4-ونرسل كذلك عينات من الأحشاء والسوائل لإجراء التحليل السمي[2].

وإنا نقدم للطبيب خالص النصح أن يحتفظ بمثل تلك الأشياء التي ذكرت لحين الحكم في القضية وفي بعض الأحايين لا يهتدي الطبيب لاستكشاف مرض أو إصابة تدل على سبب الوفاة مع ما يبذله من عمل التشريح، مثال ذلك الوفاة المتسببة من مرض الجهاز العصبي أو الأمراض الوبائية الحادة أو الصدمة العصبية أو السموم العضوية.

وهنا ينبغي على الطبيب أن يقول أنه لم يعثر على سبب الوفاة ويحفظ الأحشاء للتحليل، ونتيجة هذا التحليل وتاريخ الحادثة يظهران السبب في الوفاة، وبعد الانتهاء من التشريح يجب خياطة القطوع التي عملت بالجلد بعد وضع الأحشاء في تجاويفها[3].

الفرع الثالث: أثر التشريح على نظام الإثبات

يكمن أثر التشريح على نظام الإثبات في معرفة أسباب وملابسات الوفاة سواء كانت جنائية أو غير جنائية، ومثال ذلك:

1- قد يوجد إنسان ميت قذفه البحر فسبب الوفاة الظاهر هو الغرق، لكن قد يكون السبب شيئًا آخر كالخنق، فبالتشريح يستطيع الطبيب الشرعي أن يحدد سبب الوفاة.

2- ما يجري من حوادث السيّارات، هذا الحادث قد يكون سببه السرعة أو غفلة السائق أو قد تكون الإصابة بجلطة دموية قاتلة.

1- المنشاوي، المرجع السابق، ص37-38. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص721-722.
2- شحرور، المرجع السابق، ص23-24.
3- المنشاوي، المرجع نفسه، ص39. عبد الحكم فودة، المرجع نفسه، ص722-723.

3- قد يعثر على بعض أجزاء الجثة، وبالبحث عن باقي الأجزاء قد نجد أجزاء أخرى لكننا لا نجزم بأن هذه الأجزاء تابعة للجثة أولا، فبالتشريح يستطيع الطبيب أن يحدد ما إذا كـانت تلك الأجـــزاء
تابعة للجثة أو غير تابعة لها[1].

وقد جوّز قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة بمكة المكرمة في الفترة 24-28 صفر 1408هـ والموافق لـ 17-21 أكتوبر 1998م تشريح جثث الموتى لأحد الأغراض الآتية:

1- التحقق في دعوى جنائية لمعرفة أسباب الموت، أو الجريمة المرتكبة، وذلك عندما يشكل على القاضي معرفة أسباب الوفاة، ويتبين أن التشريح هو السبيل لمعرفة هذه الأسباب.

2- التحقق من الأمراض التي تستدعي التشريح، ليتخذ على ضوئه الاحتياطات الواقية، والمعالجات المناسبة لتلك الأمراض، كما أن قرار المجمع الفقهي الإسلامي قد أشار إلى بعض شروط التشريح والتي تتمثل فيما يلي:

أ- التيقن من موت الشخص قبل إجراء التشريح عليه.

ب- وجود ضرورة معتبرة تبرر التشريح، كالتشريح للتعليم، أو لدراسة الأمراض، أو لأسباب جنائية.

ت- موافقة الشخص قبل موته على تشريح جثته إذا مات، أو موافقة ذويه بعد موته، إلا في الحالات الجنائية فلا يشترط الموافقة على التشريح لما فيه من مصلحة راجحة بكشف أسباب الجريمة وملابساتها.

ث- أن يكتفى في التشريح بالحد الأدنى المحقق للمقصود؛ لأن الضرورات تقدر بقدرها، وذلك لأن كرامة الإنسان هي الأصل.

ج- تجميع أجزاء الجثة بعد الفراغ من تشريحها ودفنها وفق الأعراف الشرعية[2].

1- رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصرف بالجثة في الفقه الإسلامي، قدمت قدّمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، إشراف: د/ جمال حشاش، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين- نوقشت بتاريخ: 2010/09/22م، ص135.

2- قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة 24-28 صفر 1408هـ، والموافق لـ 17-21 أكتوبر 1998م، ص211-212.

المبحث الثالث: موقف فقهاء الإسلام والقانون في منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية

تعتبر التطورات الطبية والبيولوجية ذات أهمية كبيرة في نظام الإثبات باعتبارها دليلا واضحا في إحقاق الحقوق ورد المظالم إلى أهلها، بل السند الذي يعين القاضي في حكمه، حيث فرض نفسها في الكثير من القضايا المدنية والجزائية، منها دعاوى إثبات النسب، دعاوى الطلاق للعيب، تحديد أسبقية الوفاة الجماعية الناجمة من الهدم أو الغرق أو حوادث المرور، وغيرها.

وعلى هذا الأساس فإن القضاء يحتاج إلى التطورات الطبية والبيولوجية لمعرفة الحكم والفصل في القضايا المتنازع فيها، فلا يستطيع القاضي أن يجتهد في مسألة تتعلق بالإثبات الطبي إلا بناء على المعطيات الطبية والبيولوجية الحديثة، وحتى يتضح الأمر نأخذ مثالا عن دعاوى إثبات النسب، والذي من خلاله نبين منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة إثبات النسب أو نفيه؛ باعتبار أن التجارب الطبية الحديثة قد أثبتت بواسطة وسائل تقنية في غاية التطور والدقة أن لكل إنسان جينوما بشريا يختص به دون سواه لا يمكن أن يتشابه فيه مع غيره أشبه ما يكون ببصمة الأصابع في خصائصها، بحيث لا يمكن تطابق الصفات الجينية بين شخص وآخر حتى وإن كان توأمين، كما قد دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع؛ أي: بنسبة 100%، أما في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99 % تقريبا[1].

من خلال هذه التوطئة يقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، مطلب أول يُتناول فيه الطرق الشرعية والقانونية لإثبات النسب، ومطلب ثان يُتناول فيه الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب، ومطلب ثالث يُتناول فيه منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.

1-السبيل عمر، المرجع السابق، ص 10-13.

المطلب الأول: الطرق الشرعية والقانونية لإثبات النسب:

تكمن طرق إثبات النسب في خمسة أمور، وهي: الفراش، الإقرار، البينة، القيافة، والقرعة، فالثلاثة الأولى متفق عليها[1]، وقد أخذها المشرع الجزائري في إثبات النسب، إذ نصت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول"، وأمّا الرابع فبه قال جمهور الفقهاء[2]، وأمّا الخامس فبه قال بعض أهل العلم[3].

الفرع الأول: الطرق الشرعية والقانونية المتفق عليها في إثبات النسب

أولا: الفراش:

أجمع العلماء –رحمهم الله– على إثبات النسب، وهو أقوى الأدلة على الإطلاق، قال ابن القيم –رحمه الله –: "فأمّا ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة[4]، وقد أستفيد دليل الإجماع من حديث أبي هريرة عن النّبيّ –صلّى اللّه عليه وسلّم– قال: «**الوَلَدُ لِصَاحِبِ الفِرَاشِ**»[5]، قال الإمام الصنعاني –رحمه الله–: "والحديث دليل على ثبوت نسب الولد بالفراش من الأب[6]، وجاء في لسان العرب: الولد للفراش معناه: أنه لمالك الفراش وهو الزوج والمولى: أي السيد؛ لأنه يفترشها، والمرأة تسمى فِراشاً؛ لأَن الرجل يَفْتَرِشُها[7]، وبالتالي المراد بالفراش: هو فراش الزوجة الصحيح، أو ما يشبه

1– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: محمد سيف، محمد فاروق، دار ابن الهيثم– القاهرة، ط1: 2005م، 191/4.

2– ابن رشد، المصدر السابق، 291/2. ابن فرحون، المصدر السابق، 99/2. الشربيني، المصدر السابق، 438/6–439. ابن قدامة، المصدر السابق، 127/6–128.ابن حزم، المصدر السابق، 339/9. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 598/2.

3– ابن فرحون، المصدر السابق،97/2–98. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 740/2، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 201/4–202.

4– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 191/4.

5– أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، رقم الحديث: [6750]، 241/4.

6– الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية–بيروت، ط1: 2000م، 218/3.

7– ابن منظور، المصدر السابق، 156/11.

الصحيح، كعقد الزواج الفاسد، والوطء بشبهة على اختلاف أنواعها[1]، قال ابن المنذر:" أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده"[2].

وعند الرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أن القانون الجزائري قد ذهب إلى أن إثبات نسب الولد لا يكون إلا من خلال الزواج الصحيح الذي استوفى جميع أركانه وشروطه، كما أنه يجب أن يتحقق إمكانية التلاقي بين الزوجين بعد العقد، ولا يتسنى هذا إلا بالدخول، وقد نصت المادة 41 من

1- **أنواع نكاح الشبهة**: عند الرجوع إلى كتب الفقهاء نجد أن تقسيم الشّبهة يختلف من مذهب إلى آخر، وهي في الجملة لا تخرج عن أربعة أقسام وهي: شبهة المحل، وشبهة الفعل، وشبهة العقد، وشبهة الخلاف.

أ- الشّبهة الحكميّة: وسمّيت هذه الشّبهة شبهة المِلك؛ لأنّ الشّبهة واردة على كون المحل مملوكا باعتبار أنّ حِل المحل ثبت بحكم الشّرع، كوطء مُعتدّة الكِنايات، والوطءِ في الخلع الخالي عن المال، ووطءِ زوجة حائض أو صائمة أو محرمة وأمة لم تُستبرأ، ووطءِ مملوكته المحرّمة بنسب، أو نحوه، أو المشتركة، أو الوثنيّة، أو المجوسيّة، أو المزوّجة، أو المعتدّة، ووطء مملوكة فرعه. ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق،19/4. السنيكي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، (د.ت.ط)، 82/5. الهيتمي، المصدر السابق، 103/9.

ب- شبهة الفعل: وتسمّى شبهة اشتباه؛ وذلك إذا ظنّ حِل الوطء، ولذا قال في الفتح إنّها تتحقّق في حقّ من اشتبه عليه الحلّ والحرمة إذ لا دليل في السّمع يفيد الحلّ، بل ظنّ غير الدّليل دليلا كما يظنّ أنّ جارية زوجته تحلّ له لظنّه أنّه استخدام، واستخدامها حلال فلا بدّ من الظّنّ وإلّا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشّبهة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظنّه الحلّ ثابتا لم تكن شبهة أصلا. ينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي – القاهرة، ط: 1937م، 90/4. ابن عابدين، المصدر السابق، 21/4. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية- بيروت،ط1: 1999م، 220/13.

ت- شبهة العقد: انفرد بها الحنفيّة، وهي ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة؛ لأنّ الشّبهة ما يُشبه الثّابت وليس بثابت فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة، كعقد على مَنْكُوحَة الغيْر أو معْتدَّته أو مُطلّقتِه الثّلاث أو أمة على حرّة أو تزوّج مجوسيّة[1]؛لأنَّ المحلّيّة ليست بقبول الحلّ بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صحّ من غيره عليها[1]. ينظر: ابن عابدين، المصدر السابق، 23/4. ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 16/5.

ث- شبهة الخلاف: انفرد بها المالكية والشّافعيّة، وتسمى شبهة الطّريق، أو شبهة اختلاف الفقهاء، وهي الشّبهة النّاشئةُ عن اختلاف الفقهاء، كاختلاف العلماء في إباحة الموطوءة كنكاح المتعة ونحوه فإنّ قول المحرم يقتضي الحدّ وقول المبيح يقتضي عدم الحدّ فحصل الاشتباه وهي عين الشّبهة. ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ط:1991م، 160/2. القرافي، الفروق، 4/ 270. الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهارسه: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط2007:1م، 207/17. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 93/10. الهيتمي، المصدر السابق،106/9.

2- ابن قدامة، المصدر السابق، 118/7.

قانون الأسرة على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية"، كما أن يكون المولود قد وضعته الزوجة الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها، وقد نص على ذلك المشرع الجزائري من قانون الأسرة في المادتين 42 و43، حيث نصت المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "أقل مدة الحمل 06 أشهر، وأقصاها 10 أشهر"، ونصت المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، وكذا نفس الأمر مع بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، حيث نصت المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه:" ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين:- مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج.

- ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد إلى الولادة أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم".

ونصت المادة 85 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أن: "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل، وأمكن الاتصال وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق به"، ونصت المادة 69 من مدونة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "لا يثبت النسب عند إنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق"، ونصت المادة 157 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "لا تسمع عند إنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم تلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو الطلاق".

وأمّا إثبات النسب بالنكاح الفاسد أو الشبهة نجد أن المشرع الجزائري أشار إلى أن العقد الفاسد بنوعيه يوجب الفسخ ويثبت به النسب، وهذا من خلال المواد الآتية: المادة32: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، والمادة33: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، فيفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، والمادة34: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

من خلال نصوص المواد نلاحظ أن المشرع الجزائري في العقد الفاسد بنوعيه أطلق إثبات النسب به، وأهمل نية العاقدين في معرفتهما بحِل أو حُرمة هذا العقد، وبالتالي يتوجب على المشرع الجزائري أن يجعل ضوابط وشروطا لإثبات النسب في العقد الفاسد، ولا يتركها على الإطلاق سدا للذريعة، وعلى كل حال فإن المشرع الجزائري لم يفرق بين الزواج الصحيح والفاسد من خلال إثبات النسب، فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه متى جاء الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها، أقل مدة الحمل ستة أشهر فأكثر من وقت الدخول، أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وعليه قرار المحكمة العليا حيث حكمت بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من ق.أ[1]، وهذا ما سار عليه معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية في إثبات نسب الولد بأبيه في الزواج الفاسد، حيث نصت المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد أو الدخول بشبهة إذا ولدت لستة أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي"، ونصت المادة 158من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "يثبت نسب المولود في العقد الفاسد أو الوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الدخول أو الوطء بشبهة".

وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري ومعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية وافقت الفقه الإسلامي في إثبات نسب الولد لأبيه متى كان الزواج صحيحا، أو ما يشبه الصحيح كالزواج الفاسد ونكاح الشبهة إذا ولد المولود بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

ثانيا: الإقرار: ويعبر عنه بالاستلحاق[2]، والإقرار بالنسب هو إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر، والإقرار بالنسب على نوعين:

1-إقرار الشخص بالنسب على نفسه، وهو الإقرار بأصل النسب، وهذا يكون بالولد الصلبي ابنا

1- قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 222674، بتاريخ: 15-06-1999م، ينظر: المجلة القضائية لسنة: 1999م، العدد: 01، ص126.

2- **الاستلحاق:**

لغة: اللَّحْق واللُّحُوق والإلْحاقُ: الإدراك، والمُلْحَق: الدَّعِيّ المُلصَق. واسْتَلْحَقَه أَي ادّعاه، استلحق فلانا ادَّعاه ونسبه إلى نفسه. ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، 328/10. إبراهيم أنيس وآخرون، المرجع السابق، ص855.

اصطلاحا: هو في الشرع إخبارٌ بحقٍّ لآخر عليه. ينظر: الجرجاني، المرجع السابق، ص33.

أو بنتا والوالدين المباشرين له، وفي هذا النوع إذا توفرت شروط صحة الإقرار[1] يثبت النسب، وأصبح المقر بنسبه ابنا أو بنتا أو أبا أو أما[2]، قال ابن المنذر: وأجمعوا على أن الرجل الذي قال: هذا الطفل ابني، وليس للطفل نسب معروف يُنسب إليه، وأن نسبه يثبت بإقراره، وأجمعوا على أن لو أن رجلا بالغا من الرجال قال: هذا أبي، وأقر له البالغ، ولا نسب للمقر معروف أنه ابنه إذا جاز لمثله مثله[3].

2- إقرار الشخص بالنسب على الغير، كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد، وهذا الإقرار لا يثبت به نسب المقر له على ذلك؛ لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه حتى ولو صدقه المقر له في ذلك؛ لأنه متهم في هذا التصديق، حيث يجر إليه نفعا، إلاّ أن تقوم البينة على صحة الإقرار، أو يصدقه اثنان من الورثة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لولايته على نفسه دون غيره[4].

وعند الرجوع إلى القانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري أثبت نسب الولد لأبيه إذا كان المقر له ممن يمكن إثبات نسبه من المقر، فلو أقر مَنْ عمره ثلاثون سنة على أبوة مَنْ عمره عشرون سنة، فإن إقراره لا يقبل؛ لأن العقل والعرف يمنعان ذلك، هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن يكون المقر له مجهول النسب، فإذا كان معلوم النسب لا يصح إثبات نسبه للمقر، وهذا ما أشارت إليه المادة: 44 من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالبنوة أو الأبوة، أو الأمومة لمجهول النسب ولو في

1- شروط صحة الإقرار لإثبات النسب:

أ- أن يكون المقر به مجهول النسب، فإن كان ثابت النسب من أب معروف غير المقر، كان هذا الإقرار باطلاً، واستثنى العلماء من هذا الشرط ولد اللعان، فإنه لا يصح ادعاؤه بالنسب وإلحاقه بغير الأب الملاعن، لاحتمال أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه فيما ادعاه من أن الولد ليس منه.

ب- أن يصدقه الحس بأن يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر، بأن يكون ممن يولد مثل المقر به لمثل المقر، وذلك في سن تسمح بأن يكون ابناً للمقر؛ لأن الحس أو الواقع يكذبه في هذا الإقرار.

ت- أن يصدقه المقر له في إقراره إن كان أهلاً للتصديق؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة، أو تصديق من الغير. فإن كان المقر به صغيراً أو مجنوناً، فلا يشترط تصديقهما؛ لأنهما ليسا بأهل للإقرار أو التصديق.

ث- ألا يكون فيه حمل النسب على الغير، سواء كذبه المقر له أو صدقه؛ لأن إقرار الإنسان حجة قاصرة على نفسه، لا على غيره. ينظر: وهبة الزّحيليّ، الفقه الإسلاميّ وأدلّته،10/7266-7267.

2- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 715.

3- ابن المنذر، الإجماع، ص 74-75.

4- الزّحيليّ، الفقه الإسلاميّ وأدلّته،10/7268.

مرض الموت متى صدقه العقل والعادة"، وكذلك الحال بالنسبة لمعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، حيث نصت المادة 173 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن: "إقرار الرجل ببنوة مجهول النسب ولو في مرض الموت يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة، ولم يقل أنه من الزنا، ولا يشترط تصديق المقر له إلا إذا كان مكلفا".

أمّا بالنسبة إلى الإقرار المتعلق بتحميل النسب على الغير فإن قانون الأسرة الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في ذلك من خلال أن يقيم المقر البينة على إقراره أو يصدق في إقراره كأن يقول هذا أخي، فيصدقه أبوه في ذلك باعتبار أن الأب من الورثة، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، وهو نفس الحال بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري، حيث نص في المادة 136 على أن: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"[1]، بينما نلاحظ في قانون الأحوال الشخصية الكويتي نص على أنه لا يثبت النسب بالنسبة إلى الإقرار المتعلق بتحميل النسب على الغير وهذا من خلال المادة 175، وهذا في الحقيقة لا يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية التي تسعى إلى تطبيق قاعدة إحياء الولد ومع مجمل قوانين الأحوال الشخصية المقارنة التي تم الاطلاع عليها[2].

ثالثا: البينة

المراد بها الشهادة عند جمهور الفقهاء، وقد أجمع العلماء على أن النسب يثبت لمدعيه بأن يشهد شاهدان أنه ابنه، وأنه ولد على فراشه من زوجته أو أمته، وإذا شهد بذلك اثنان من الورثة لم يلتفت إلى إنكار بقيتهم وثبت نسبه، ولا يعرف في ذلك نزاع[3]، واختلف الفقهاء في إثبات النسب بغير شهادة رجلين، فذهب جمهور العلماء إلى أنه لا يقبل في إثبات النسب بالشهادة إلاّ شهادة رجلين

1- قانون رقم: 59-1953، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: 59 بتاريخ: 07-09-1953م.

2- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانون، إشراف: أ.د/ تشوار جيلاني، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان- كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، نوقشت في: 12/19/ 2012م، ص216.

3- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 195/4.

عدلين[1]، وذهب الحنفية إلى أنه يقبل في إثبات النسب بالشهادة شهادة رجل وامرأتين[2]، وإذا أمعنا النظر في هـذا الأمر نجد أن عمـوم النصوص تجيز قبول شهادة النساء مع الرجال بوجـه عام دون تفريق بين حق وآخر، ويؤكد ذلك قوله –صلى الله عليه وسلم-:« **فَشَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ تَعْدِلُ شَهَادَةَ رَجُلٍ**»[3]، ولهذا حث الإسلام على إلحاق النسب وأثبته بأيسر الطرق، كأن يكون بالشاهد واليمين أو بشهادة رجل وامرأتين أو أربع نسوة عدول، وعلى هذا الأساس فإن إثبات النسب يستلزم غالبا الشهادة على الولادة ولا يتسنى هذا إلا بشهادة النساء وهو مما لا يطلع عليه الرجال، فكان الأولى شهادة النساء من الرجال، وعملا أيضا بقاعدة إحياء الولد.

وعند الرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري أثبت نسب الولد لأبيه بالبينة، حيث نص في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

ومفهوم البينة في قانون الأسرة الجزائري يقصد به المفهوم الضيق الذي يشمل شهادة الشهود، والدليل في ذلك القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 15-06-1999م[4] الذي رفض إجراء فحص الدم واعتماده كدليل لإثبات النسب، وهذا يدل على أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 40

1- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1994م، 25/4. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، ط: 1984م،312/8.المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط2، (د.ت)، 322/11.

2- ابن الهمام، المصدر السابق، 356/4. الكاساني، المصدر السابق، 254/6.لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر-بيروت، ط2: 1310هـ، 538/1.

3- أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطّاعات، وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر النّعمة والحقوق، رقم الحديث: [132]، 86/1.

4- من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون، ومتى تبين –من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض. ينظر: قرار محكمة العليا، رقم: 222674، بتاريخ: 15-06-1999م، المجلة القضائية لسنة 1999م، العدد:01، ص126-127.

لم يتناول البينة بمعناها الواسع الذي يشمل الأدلة الكتابية والقرائن والشهود وغيرها، وعليه فإن البينة تشمل بالإضافة إلى شهادة الشهود الشهادة بالسماع[1]، والشهادة بالتسامع[2]، والشهادة بالشهرة العامة[3]، وهذا ما قرره الفقه الإسلامي، قال ابن قدامة: وأجمع أهل العلم على صحّة الشّهادة بها في النّسب والولادة، قال ابن المنذر: "أمّا النّسب فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشّهادة به، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعا بغيره، ولا تمكن المشاهدة فيه، ولو اعتبرت المشاهدة، لما عرف أحد أباه، ولا أمّه، ولا أحدا من أقاربه"[4]، أمّا عن نصاب الشهادة لم يحدد المشرع الجزائري ذلك، لكن عند الرجوع إلى المحكمة العليا نجد أنها في أحد قراراتها أخذت بمذهب الأحناف في تحديد نصاب الشهادة والمتمثل في شهادة رجلين أو رجل وامرأتين[5]، أمّا قوانين الأحوال الشخصية العربية فإنها لم تتناول موضوع البينة في إثبات النسب لا من قريب ولا من بعيد إلا ما اعتمده قانون الأسرة القطري[6].

الفرع الثاني: الطرق الشرعية المختلف فيها في إثبات النسب

أولا: القيافة[7]: يصح إثبات النسب بالقيافة، وبه قال جمهور العلماء من المالكية في المشهور

1- **الشهادة بالسماع**: وهي أن يشهد الشاهد بما سمع رواية عن غيره، فهو يشهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه. ينظر: عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، 313/2.

2- **الشهادة بالتسامع**: وهي شهادة بما تتسامعه الناس لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع في جماهير الناس عن هذه الواقعة. ينظر: المصدر نفسه، 314/2.

3- **الشهادة بالشهرة العامة**: فهي ليست بشهادة بالمعنى الصحيح، بل هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية تدون فيها وقائع معينة، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة. ينظر: المصدر نفسه، 317/2.

4- ابن قدامة، المصدر السابق، 141/10.

5- قرار محكمة العليا، بتاريخ: 25-12-1989م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1991م، العدد الرابع، ص110.

6- قانون رقم: 22-2006 المتضمن لقانون الأسرة القطري، حيث تناوله في ثلاث مواد، فاشترط في المادة 95 لثبوت النسب بالشهادة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، كما قبل بموجب المادة 94 منه لإثبات الولادة شهادة الواحد العدل المسلم ذكرا أو أنثى، كما أجازت المادة 93 منه شهادة التسامع، وهي أحكام لم تخرج عن ما أقره الفقه الإسلامي بشأن شروط قبول الشهادة في مسائل النسب. ينظر: زبيري بن قويدر، المرجع السابق،ص209.

7- **القيافة: لغة**: ج: قافَةٌ، يقال: قفت أثره إذا اتّبعته ، والقائِف: هو الذي يتتبّع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 121/4. ابن منظور، المصدر السابق، 220/12.

اصطلاحا: هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود. ينظر: الجرجاني، المصدر السابق، ص171.

من مذهبهم يقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، والظاهرية[4]، وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، وأبي موسى الأشعري، وعبد الله بن عباس، وأنس بن مالك، ولا مخالف لهم في الصّحابة، وقال بها من التّابعين: سعيد بن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، والزهري وإياس بن معاوية. واستدلوا بالسنة والأثر:

1- السنة النبوية:

أ-عن عائشة قالت دخل عليّ رسول اللّه -صلى الله عليه وسلم- ذات يوم وهو مسرور فقال:« **يَا عَائِشَةُ أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَـزِّزًا الْمُدْلِجِيَّ دَخَلَ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ** »[5].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد أجاز عمل القائف في إثبات نسب أسامة لزيد مع اختلاف اللون، ونبينا -صلى الله عليه وسلم- لا يقر إلا على حق، ولا يسر على باطل، يقول الشافعي -رحمه الله-"فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة، وهو - صلّى اللّه عليه وسلّم - لا يُقِرّ على خطأ ولا يُسَرّ إلّا بالحقّ، وسبب سُروره - صلّى اللّه عليه وسلّم - بما قاله مُجَزِّزٌ، أنّ المنافقين كانوا يطعنون في نسب أسامة؛ لأنّه كان طويلا أسود أقْنى الأنف، وكان زيد قصيرا بين السّواد والبياض أخْنَس الْأنف، وكان طعنهم مَغيظة له - صلّى اللّه عليه وسلّم - إذ كانا حِبَّيْهِ، فلمّا قال المدلِجِيّ ذلك، وهو لا يرى إلّا أقدامهما سُرّ به"[6].

2- الأثر:

أ-من ذلك ما رواه مالك عن سليمان بن يسار: «**أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلاَدَ الجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُمْ فِي الإِسْلاَمِ، فَأَتَى رَجُلاَنِ كِلاَهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ، فَدَعَا عُمَرُ قَائِفاً فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا، فَقَالَ القَائِفُ: لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ دَعَا المَرْأَةَ فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خَبَرَكِ،**

1- ابن رشد، المصدر السابق، 292/2.
2- الشربيني، المصدر السابق، 439/6.
3- ابن قدامة، المصدر السابق، 132/6-133.
4- ابن حزم، المصدر السابق، 339/9-343.
5- سبق تخريجه، ينظر: ص36.
6- الشربيني، المصدر السابق، 439/6.

فَقَالَتْ: كَانَ هذَا لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ يَأْتِينِي، وَهِيَ فِي إِبِلٍ لِأَهْلِهَا فَلاَ يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ وَتَظُنَّ أَنَّهُ قَدِ اسْتَمَرَّ بِهَا حَبَلٌ، ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا، فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ دَماً، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هذَا؛ تَعْنِي الْآخَرَ، فَلاَ أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ، قَالَ: فَكَبَّرَ القَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلاَمِ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ»[1]، فقضى عمر بمحضر من الصّحابة بالقيافة من غير إنكار من واحد منهم فكان كالإجماع تقوى به أدلّة القيافةِ[2]، قال الزّهريّ:" فإنَّ عمر بن الخطّاب ومن بعده قد أخذوا بنظر القافة في مثل هذا "[3].

ثانيا: القرعة[4]

يثبت النسب المتنازع فيه بالقرعة، وقد ذهب إلى هذا الظاهرية[5]، والمالكية[6]، وهو قول الشافعي في القديم[7]، وإسحاق بن راهوية، وقال: هي السنّة في دعوى الولد[8]، وأحمد في رواية[9]، وابن قيم الجوزية[10]،واستدلوا بحديث بزيد بن أرقم—رضي الله عنه– قال: « **كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْيَمَنِ، فَقَالَ: إِنَّ ثَلَاثَةَ نَفَرٍ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ أَتَوْا عَلِيًّا، يَخْتَصِمُونَ إِلَيْهِ فِي وَلَدٍ، وَقَدْ وَقَعُوا عَلَى امْرَأَةٍ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَقَالَ: لِاثْنَيْنِ مِنْهُمَا طِيبَا بِالْوَلَدِ لِهَذَا فَغَلَبَا، ثُمَّ**

1- أخرجه الإمام مالك، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، رقم الحديث: [1451]، ينظر: مالك بن أنس، الموطّأموطأ برواية يحي بن يحي بن كثير الأندلسي القرطبي، مع الإشارة إلى رواية محمد بن الحسن الشيباني، ضبط وتحقيق: محمد صدقي العطار، المكتبة الشرقية– جسر قسنطينة الجزائر، ط1: 2010م، ص372. صححه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 25/6.

2- الصنعاني، المصدر السابق، 139/4.

3- رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب النّفر يقعون على المرأة في طهر واحد، رقم الحديث: [13480]، 361/7.

4- **القرعة: لغة:** السهمة، والمقارعة المساهمة، يقال: قارعه فقرعه؛ إذا أصابته القرعة دونه. انظر: ابن منظور المصدر السابق، 77/12.

اصطلاحا: هي طريقة تعمل لتعيين ذات، أو نصيب من بين أمثاله إذا لم يُمكن تعيينه بحجّة. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 247/1.

5- ابن حزم، المصدر السابق، 342/9.

6- ابن فرحون، المصدر السابق، 98/2.

7- الخطابي، معالم السنن، المطبعة العلمية– حلب، ط1: 1932م، 277/3.

8- المصدر نفسه، 277/3.

9- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، 744/2.

10- المصدر نفسه، 573/2.

قَالَ: لِاثْنَيْنِ طِيبَا بِالْوَلَدِ لِهَذَا فَغَلَبَا، ثُمَّ قَالَ: لِاثْنَيْنِ طِيبَا بِالْوَلَدِ لِهَذَا فَغَلَبَا، فَقَالَ: أَنْتُمْ شُرَكَاءُ مُتَشَاكِسُونَ، إِنِّي مُقْرِعٌ بَيْنَكُمْ فَمَنْ قَرَعَ فَلَهُ الْوَلَدُ، وَعَلَيْهِ لِصَاحِبَيْهِ ثُلُثَا الدِّيَةِ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَجَعَلَهُ لِمَنْ قَرَعَ، فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَدَتْ أَضْرَاسُهُ أَوْ نَوَاجِذُهُ»[1].

قال ابن حزم: "لا يضحك رسول اللّه – صلّى اللّه عليه وسلّم – دون أن يُنكر ما يرى أو يسمع ما لا يجوز أَلْبَتَّةَ إلّا أن يكون سُرورا به، وهو – عليه الصّلاة والسّلام – لا يسرّ إلّا بالحقّ، ولا يجوز أن يسمع باطلا فيُقرّه"[2].

المطلب الثاني: الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب

الفرع الأول: تعريف اللعان ومشروعيته

أولا: تعريف اللعان لغة واصطلاحا

1– **تعريف اللعان لغة:** من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من الخير، وقيل: الطّرد والإبعاد من اللّه، واللِّعَانُ والـمُلاعَنة: اللّعن بين اثنين فصاعدًا[3].

2–**تعريف اللعان اصطلاحا:** اختلف عبارات الفقهاء في تعريف اللعان، وهي في الحقيقة كلها تفي بالغرض المقصود من بيان ماهية اللعان، وهي كالتالي:

أ– الحنفية: شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن من جهة وبالغضب من أخرى، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها[4].

ب–المالكية: حَلِفُ الزّوج على زنا زوجته أو نفى حملها اللّازم له وحلِفُها على تكذيبه إن أوجب

1– أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطّلاق، باب من قال بالقرعة إذا تنازعوا في الولد، رقم الحديث: [2269]، 281/2. صححه الألباني. ينظر: الألباني، صحيح أبي داود – الأم، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع– الكويت، ط1: 2002م، 36/7.

2– ابن حزم، المصدر السابق، 342/9.

3– الجوهري، المصدر السابق، 1307/5. ابن منظور، المصدر السابق، 208/13–209.

4– ابن الهمام، المصدر السابق، 287/4. الكاساني، المصدر السابق، 242/3. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 122/4. الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق وتعليق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية– بيروت، (د.ت.ط)، 74/3.

نكولها حدّها بحكم قاض[1].

ت- الشافعية: كلمات معلومة جعلت حجّة للمضطّر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العارهأو إلى نفي ولد[2].

ث- الحنابلة: شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف أو تعزيز في جانبه أو حد زنا في جانبها[3].

ج- الظاهرية: قذف امرأته بالزّنا هكذا مطلقا، أو بإنسان سمّاه - سواء كان قد دخل أو لم يدخل بها - ادَّعَى رُؤْيَةً أَوْ لَمْ يَدَّعِ[4].

ثانيا: مشروعية اللعان

اللعان مشروع بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

1- **الكتاب:** قال تعالى:﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ ﴾[5].

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أنّ فيها فرَج للأزواج وزيادة مخرج، إذا قذف أحدهم زوجته وتعسّر عليه إقامة البيّنة، أن يُلاعنها، كما أمر اللّه عزّ وجلّ وهو أن يُحضرها إلى الإمام، فيدّعي عليها بما رماها به، فيحلّفه الحاكم أربع شهادات باللّه في مُقابلة أربعة شهداء[6].

1- المواق، المصدر السابق، 455/5-456. الخرشي، المصدر السابق، 124/4. النفراوي، المصدر السابق،50/2. محمد عليش، المصدر السابق، 270/4.

2- السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، (د.ت.ط)، 370/3. الشربيني، المصدر السابق، 52/5. الرملي، غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، دار المعرفة- بيروت، ص270.

3- ابن مفلح، المصدر السابق، 47/7. أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة- بيروت، (د.ت.ط)، 95/4.البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد- مؤسسة الرسالة، (د.ت.ط)، ص598.

4- ابن حزم، المصدر السابق، 331/9.

5- سورة النور، الآية: 6-7.

6- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 14/6.

2- السنة النبوية

عن ابن عمر-رضي الله عنه- قال: «**لاَعَنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ مِنَ الأَنْصَارِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا**»[1]، وفي رواية للبخاري: «**أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لاَعَنَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ فَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَأَلْحَقَ الوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ**»[2].

3- الإجماع: أجمع العلماء على صحّة اللّعان في الجملة[3].

4- المعقول: قال ابن رشد:" لمّا كان الفراش موجبا للحوق النّسب كان بالنّاس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحقّقوا فساده، وتلك الطّريق هي اللّعان"[4].

الفرع الثاني: أثر اللعان في نفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

أولا: أثر اللعان في نفي النسب في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في نفى الولد من أبيه إذا لا عنها قبل الولادة؛ أي: لاعنها وهي حامل، أو بعد الولادة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية[5] والشافعية[6] إلى أن اللعان يقطع النسب من جهة الملاعن سواء لاعنها قبل الولادة؛ أي: لاعنها وهي حامل، أم لاعنها بعد الولادة، واستدلوا بالكتاب والسنة النبوية.

1- الكتاب:

قال تعالى:﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩ ﴾[7].

1- أخرجه البخاري، كتاب الطّلاق، باب التّفريق بين المتلاعنين، رقم الحديث: [5314]، 416/3. وأخرجه مسلم، كتاب اللّعان، رقم الحديث: [1494]، 1133/2.

2- أخرجه البخاري، كتاب الطّلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة، رقم الحديث: [5315]، 416/3.

3- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2: 1392هـ، 119/10.

4- ابن رشد، المصدر السابق، 93/2.

5- الباجي، المصدر السابق، 49/6-50.

6- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 85/3. الشربيني، المصدر السابق، 73/5.

7- سورة النور، الآية: 6-7.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله لم يفرق بين حال الحمل وبعد الوضع، ومن جهة المعنى أن كل نسب جاز إسقاطه بعد انفصال الولد جاز إسقاطه قبله[1].

2-السنة النبوية:

عن ابن عمر-رضي الله عنه- قال: «**لاَعَنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ مِنَ الأَنْصَارِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا**»[2].

وجه الدلالة من الحديث أن إلحاق الولد بأمه دليل على وجوده عند التعان الزوجين، فدل على أن اللعان بين الزوجين له أثّر في نفي الولد كأثره في نفي الحمل[3].

القول الثاني: اللعان ينفي الولد إذا لاعن الزوج زوجته قبل الولادة؛ أي: لاعنها وهي حامل، أمّا إذا لا عنها بعد الولادة فلا ينفى الولد منه، بل ينسب إليه، وهذا ما ذهب إليه ابن حزم[4]،واستدلوا بحديث عائشة-رضي الله عنها- «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[5].

وجه الدلالة من الحديث أنّ كلّ من وُلد على فراشه وَلَد فهو ولده إلّا حيث نفاه اللّه تعالى على لسان رسوله -صلّى اللّه عليه وسلّم- أو حيث يوقِن بلا شكّ أنّه ليس هو ولده، ولم ينفه -عليه الصّلاة والسّلام- إلّا وهي حامل باللّعان فقط، فيبقى ما عدا ذلك على لحاق النّسب[6].

القول الثالث: ذهب الحنفية[7]والحنابلة[8] أن اللعان ينفي الولد إذا لاعن الزوج زوجته بعد الولادة، ولا ينفى الولد إذا لا عنها وهي حامل، واستدلوا بالمعقول، وهو أنّ الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحا، أو غيرها، فيصير نفيه مشروطا بوجوده، ولا يجوز تعليق اللّعان بشرط، واللّعان في قذف الزّوج

1- الباجي، المصدر السابق، 49/6-50.
2- سبق تخريجه، ينظر: ص131.
3- بندر بن فهد السويلم، المرجع السابق، ص139.
4- ابن حزم، المصدر السابق، 337/9.
5- أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، رقم الحديث: [6749]، 241/4.
6- ابن حزم، المصدر السابق، 337/9.
7- السرخسي، المصدر السابق، 45/7.
8- ابن قدامة، المصدر السابق، 75/8. المرداوي، المصدر السابق، 255/9.

زوجته بمنزلة الحدّ في قذف الأجنبيّة فلا يجوز إقامته مع الشّبهة[1].

-الراجح:

من خلال النظر في أدلة المذاهب يتبين للباحث أن الراجح من الأقوال هو القول الأول بأن اللعان يقطع النسب من جهة الملاعن سواء لاعنها قبل الولادة؛ أي: لاعنها وهي حامل، أم لاعنها بعد الولادة، وهذالقوة أدلتهم، وأمّا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة فيجاب عليهمبأن المشاهد في حياتنا المعاصرة هو ما توصل إليه العلم الحديث من معرفة انتفاخ بطن المرأة، هل هو نتيجة حمل أو لا من خلال الأشعة الدقيقة وبعض الفحوصات المخبرية، وأصبح هذا مألوفا لدى الناس، ومن ثم فإن شبهة دلالة انتفاخ بطن المرأة من الريح أو الحمل لا محل لها في وقتنا الحاضر، لإمكان التمييز بين الانتفاخ عن حمل أو غيره[2]، وأمّا ابن حزم فيجاب عليه بقول الشّافعيّ—رحمه الله-: "وليس يخالف حديث نفي الولد عمّن ولد على فراشه قول النّبيّ: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[3]، ومعنى قوله: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**» معنيان:

أحدهما، وهو أعمّهما وأولاهما: أنّ الولد للفراش ما لم ينفه ربّ الفراش باللّعان الذي نفاه به عنه رسول اللّه، فإذا نفاه باللّعان فهو منفيّ عنه، وغير لاحق بمن ادّعاه بزنا، وإن أشبهه كما لم يُلحِق النّبيّ المولود الذي نفاه زوج المرأة باللّعان ولم ينسبه إلى رجل بعينه، وعرف النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم شبهه به؛ لأنّه ولد على غير فراش، وترك النّبيّ أن يُلحقه به، مثل قوله: «ولِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» ، فجعل ولد العاهر لا يلحق، كان العاهر له مدّعيا، أو غير مدّع.

والمعنى الثّاني: إذا تنازع الولد ربّ الفراش والعاهر، فالولد لربّ الفراش، وإن نفى الرّجل الولد بلعان فهو منفيّ"[4].

1- ابن قدامة، المصدر السابق، 75/8. السرخسي، المصدر السابق، 45/7.

2- بندر بن فهد السويلم، المرجع السابق، ص137.

3- سبق تخريجه، ينظر: ص132.

4- الشافعي، اختلاف الحديث، تحقيق: حيدر عامر أحمد، مؤسسة الثقافة الإسلامية- بيروت، ط1: 1985م، ص254.

ثانيا: أثر اللعان في نفي النسب في القانون المقارن

عند الرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية نلاحظ أنها استمدت أحكام نفي من الشريعة الإسلامية، فمثلا قانون الأسرة الجزائري نص في المادة 41 على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، يلاحظ على أن هذه المادة لم تذكر عبارة اللعان صراحة وإنما عبرت عنها بعبارة "ولم ينفه بالطرق المشروعة"، وكأن المشرع عدد هذه الطرق دون أن يذكرها على سبيل الحصر رغم أنه استدرك الأمر في المادة 138 من نفس القانون حينما أورد عبارة اللعان بقوله: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، ومؤدى اللعان أنه حينما يظهر حمل الزوج، وتبين للزوج أن زوجته زنت يحق له أن يدعي أن هذا الحمل ليس منه، أمّا إذا مضى وقت طويل نسبيا بعد الحمل أو الوضع فإنه لا يقبل منه نفي نسبه[1]، وبهذا أخذ القضاء الجزائري، حيث جاء في قرار اجتهاد المحكمة العليا أن مدة اللعان هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل[2].

وعليه فإن نفي النسب لا يكون إلاّ بحكم قضائي، حيث يعتمد القاضي على شهادة الوضع لمعرفة الحقيقة انطلاقا من جميع الوسائل الثبوتية بعد مقارنتها بتاريخ الزواج، فإن كان الزواج بعد الوضع مثلا، أو عدم وجود عقد زواج صحيح، أو أن تأت المرأة بالولد لأقل من ستة أشهر أو بعد عشرة أشهر من تاريخ انتهاء الزواج بجميع وسائله (من وفاة، أو طلاق، أو تطليق، أو خلع، أو فسخ...)، أو إثبات الزوج عدم إمكانية الإنجاب، فهي من المبررات التي تجيز للمحكمة إصدار حكم بنفي النسب[3]، وكذا نفس الأمر بالنسبة لقانون مدونة الأسرة المغربية، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث نصت مدونة الأسرة المغربية في المادة 151 على أنه: "يثبت النسب بالظن، ولا ينتفي إلا بحكم قضائي"، ونصوقانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 176 على أنه:"في الأحوال الت ييثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أومنحل، أو بالدخول في زواج

1- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين مليلة- الجزائر، ط:2010م، ص40.

2- قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 296020، بتاريخ 2002/12/25م.ينظر:المجلة القضائية لسنة:2004م، العدد: 01، ص289.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ط6: 2010م،1/416-417.

فاسد أو بشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمنيا".

وخلاصة القول فإن إجراء اللعان يترتب عليه نفي نسب الولد عن الملاعن، ولا تجب نفقته عليه، ولا يرث أحدهما الآخر، ويلحق بأمه فيرثها وترثه، ويسجل في الحالة المدنية باسمها، وهذا ما نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، فمثلا نجد أن قانون الأسرة الجزائري نص في المادة 138 على أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، وكذا قانون الأحوال الشخصية الكويتي نص في المادة 178 على أنه: " إذا جرى اللعان بين الرجل والمرأة، نفي القاضي نسب الولد عن الرجل، ولا تجب نفقته عليه، ولا يرث أحدهما الآخر، وألحق الولد بأمه".

المطلب الثالث: منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

رأينا في المطلب السابق أن أدلة إثبات النسب المتفق عليها بين فقهاء الإسلام والقانونين تتمثل في ثلاثة طرق هي: الفراش، والإقرار، والبينة، وبعد ظهور الاكتشافات الطبية الحديثة المتمثلة في تحليل الدم والبصمات الوراثية، والتي تعتبر من الطرق المستحدثة في نظام الإثبات التي توافق الأطباء على نفعها وعدم ضررها، وبالخصوص البصمة الوراثيةفقد دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه بها، يصل في حالة النفي إلى حـد القطع؛ أي: نسبة 100٪، وأمّا في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99٪ تقريبا[1]، هذا يفتح المجال للتساؤل ما المنزلة التي تحتلها البصمة الوراثية بين أدلة النسب الشرعية والقانونية؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نعرف مدى مشروعية التحاليل الطبية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن أولا، ثم منزلة التحاليل الطبية بين أدلة النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ثانيا.

1- السبيل عمر، المرجع السابق، ص12-13.

الفرع الأول: مدى مشروعية التحاليل الطبية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

أولا: مدى مشروعية التحاليل الطبية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي

إن الاكتشافات الطبية الحديثة المتمثلة في تحليل الدم والبصمات الوراثية من المسائل المستجدة التي لم يتناولها نص خاص، لكن بناء على النصوص العامة وقواعد الشرع الكلية نستطيع أن نجد التكييف الشرعي لهذه الوسيلة؛ باعتبار أن الشريعة الإسلامية جاءت لجلب المصالح ودفع الفاسد، وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي: "المصالح المجتَلَبة شرعا والمفاسد المستَدفعة إنّما تعتبر من حيث تقام الحياة الدّنيا للحياة الأخرى لا من حيث أهواء النّفوس في جلب مصالحها العاديّة، أو درء مفاسدها العاديّة"[1]، ولا شك أن التحاليل الطبية تعتبر من القرائن التي بواسطتها يمكن التوصل إلى معرفة النسب الحقيقي بين الأب وابنه، يقول الدكتور شحرور: "لا يمكن لفصيلة دم أن تظهر عند الطفل ما لم تكن مورثاتها موجودة في واحد من الأبوين أو في كليهما"[2].

أمّا عن البصمة الوراثية فقددلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه بها، يصل في حالة النفي إلى حد القطع؛ أي: نسبة 100٪، وأمّا في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99٪ تقريبا[3].

بناء على النصوص الشرعية واستقرائها نلاحظ أن النبي –صلى الله عليه وسلم– أقر عمل القائف واعتبره طريقا من طرق إثبات النسب، وهذا من خلال حديث عائشة–رضي الله عنها– المعروف[4] الذي أجاز عمل القائف في إثبات النسب؛ بدليل أن هذا القائف قضى بإلحاق نسب أسامة لزيد مع اختلاف اللون مما سُرَّ النبي – صلى الله عليه وسلم – بذلك لكونه كَافًّا لهم عن الطعن فيه لاعتقادهم ذلك[5]، فإذا كان رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قد أجاز وقبل قول القائف في النسب الذي يعتمد على الظن والفراسة التي اكتسبها بالتجربة فكان من باب أولى قبول

1– الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1: 1997م، 64/2.
2– شحرور، المرجع السابق، ص258.
3– السبيل عمر، المرجع السابق، ص12–13.
4– سبق تخريجه، ينظر: ص36.
5– ابن حجر، فتح الباري، 57/12.

التحاليل الطبية التي تعتمد على اليقين، وبالخصوص البصمة الوراثية التي تميزت بالبحث في خفايا وأسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة كبيرة وعمق ومهارة علمية بالغة مما يجعلها تأخذ حكم القيافة في هذا المجال من باب أولى[1].

كما أن التحاليل الطبية تعتبر من المصالح المرسلة[2]، ويرجع إلى العمل بالاستصلاح إلى أربعة عوامل: جلب المصالح، ودرء المفاسد، وسد الذرائع، وتغير الزمان، فكل واحد من هذه العوامل الأربعة يدعو إلى سلوك طريق الاستصلاح باستحداث الأحكام المناسبة المحققة لغايات الشرع ومقاصده في إقامة الحياة الاجتماعية على أصلح منهاج؛ ليكون منها في المجتمع أحسن نتاج[3]، والبصمة الوراثية من الأحكام التي يمتد إليها الاجتهاد الاستصلاحي؛ لأنه من الأحكام التي تتعلق بالنظام التضامني والحقوق الخاصة، ومن الأحكام المنظمة لمصالح المجتمع[4].

وعلى هذا الأساس فإن التحاليل تعتبر من الوسائل المستحدثة في عصرنا هذا التي لم يرد بشأنها نص خاص قطعي الدلالة يحرم ذلك لاشتماله على المنافع الطبية التي تخدم مصالح الناس في شتى مجالات الحياة الاجتماعية، فكان الأصل فيها الإباحة بناء على القاعدة الفقهية "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم "[5].

ثانيا: مدى مشروعية التحاليل الطبية في إثبات النسب في القانون المقارن

إن الحديث عن التحاليل الطبية في إثبات النسب في القانون الوضعي يرشدنا إلى مدى مشروعية إجراء تحاليل الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب، وبما أن تقنية البصمة الوراثية قد تلقتها التشريعات الأجنبية بصدر رحب، وأفسحت لها المجال لتكون دليلا في الإثبات في حين نجد أن

1- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في إثبات النسب والجناية، ص47-49.

2- **المصلحة المرسلة:** هي التي لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها، وتسمى بالاستصلاح وبالمناسب المرسل. ينظر: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص84. الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، ط5: 1427هـ، ص236.

3- الزرقا، المدخل الفقهي العام، المدخل الفقهي العام، دار الفكر- بيروت، ط: 1968م.97/1.

4- ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص215.

5- عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1: 2003م، 141/1.

التشريعات العربية على خلاف ذلك على الرغم من الاستعانة بهذه التقنية في الكثير من القضايا في هذه البلاد[1]، هذا ما جعلني أن أخوض في مدى اختلاف فقهاء القانون حول هذه التقنية هل تعد عملا من أعمال التفتيش أم أنها عمل من أعمال الخبرة الطبية؟ على رأيين[2]:

الرأي الأول: ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى القول بأن تحليل الدم والبول والبصمة الوراثية بغرض الإثبات يعد عملا من أعمال التفتيش، ويعللون ذلك بأن النتائج المترتبة على هذا التحليل أقرب إلى التفتيش من غيره[3].

الرأي الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى القول بأن: تحليل الدم أو البول بغرض الإثبات الجنائي يعد عملا من أعمال الخبرة الطبية[4].

من خلال النظر إلى الرأيين نجد أنهما يتفقان من حيث الهدف الذي تحققه البصمة الوراثية، وهو الوصول إلى إثبات الحقائق والوقائع ثم الفصل فيها، وبالتالي تعد هذه الأخيرة–البصمة الوراثية– نوع من القرائن القضائية[5] التي يعتمدها القاضي في عملية التحقيق.

1- بوصبع فؤاد، المرجع السابق، ص67.

2- المرجع نفسه، ص68.

3- R. Merle: le corps humain la justice pénale et les experts J.C.P, 1995, 1.1219 نقلا عنالرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي– دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1: 2013م، ص225.

4- محمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي–الإسكندرية، (د.ت.ط)، ص 95.

5- **قرائن قضائية:** وهي ما يستنبطه القاضي من ظروف الدعوى المعروضة عليه، وتتكون من عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي: **أ–** واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى، وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات، وهذا هو العنصر المادي للقرينة.

ب– عملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها، وهذا هو العنصر المعنوي للقرينة.

ومن أمثلة القرائن القضائية وجود بقعة دموية من نفس فصيلة دم القتيل على ملابس المتهم، وجود بصمة إصبع المتهم أو آثار قدميه في مكان الجريمة، رؤية المتهمين مقبلين معا حاملين العصي ثم ضربهم المجني عليه على رأسه بالعصي في وقت واحد قرينة على توافر الاتفاق بينهم على الضرب. ينظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ص165.مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية– طبقا لقانون الإجرائية المدنية والإدارية وأحدث تعديلات القانون المدني، دار الهدى– عين ميلة الجزائر، (د.ط)، ط: 2009م، ص169. أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس– بيروت، ط1: 2010م، ص37.

وحتى يتسنى لنا معرفة مدى مشروعية اللجوء إلى تحاليل الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب في القوانين الوضعية لابد لنا أن نتطرق إلى دراستها في بعض البلدان الذين أخذوا في قضائهم بهذه التحاليل الطبية الموصلة إلى إثبات النسب أو نفيه، وعليه فإن التشريعات الغربية أخذت بنتائج التحاليل الطبية في إثبات النسب أو نفيه، فمثلا نلاحظ المشرع الفرنسي قد أقر إثبات النسب أو نفيه بناءً على نتائج تحليل الدم في المادة 340 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1955م، حيث نصت على: "أن دعوى الاعتراف بالأبوة تكون غير مقبولة إذا أثبت الأب المدعي بتحليل الدم أنه لا يمكن أن يكون أب الولد"، وبموجب القانون رقم 72-3 الصادر في 1972/01/13م[1]، والمنظم لبعض مسائل البنوة، أضاف المشرع الفرنسي لتلك المادة -340- الفقرة رقم 1 التي تنص على: "جواز إجراء تحاليل الدم أو أي طريقة طبية أخرى مؤكدة النتائج بهدف إثبات أو نفي النسب".

كما أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى البصمات الوراثية لإثبات أو نفي النسب، ونص على ذلك صراحة في المادة (16-11) من القانون رقم: 94-653، الصادر في 29 جويلية1994معلى أنه: "في المجال المدني لا يمكن أن يتم التعرف على الشخص أو تحديد شخصيته ببصماته الوراثية إلا في إطار تنفيذ إجراءات تحقيق قد أمر بها القاضي المختص، وبصدد دعوى منازعة في إثبات رابطة النسب، ودعوى طلب الحصول على نفقة أو الإعفاء منها على أنه يجب أن تكون موافقة الشخص المعني سابقة وواضحة".

من خلال نص المادة (16-11) من القانون المدني الجديد أنه لا يجوز اللجوء إلى تحاليل البصمات الوراثية في القضايا المدنية إلا في نطاق دعوى تهدف إمّا لإثبات علاقة النسب أو نفيها، أو تهدف إلزام الأب بالإنفاق على الطفل، أو إلغاء هذه النفقة[2].

وعند الرجوع إلى اتفاقية ستراسبورج الأوروبية نجد أنها لم تفرق بين البصمة الوراثية وغيرها من وسائل الإثبات، وهذا ما نصت عليه في المادة 5 الصادرة بتاريخ في 1978/08/11م على: "جواز الأخذ بالدليل العلمي دون تفرقة بين البصمة الوراثية وغيرها في إثبات النسب"[3].

1- La loi n° 72-03 du 03 janvier 1972, www.legifrance.gouv.fr

2- فواز صالح، المرجع السابق، ص209.

3- منير رياض حنا، الأدلة المادية في الإثبات من واقع الخبرة الفنية للطب الشرعي، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ط1: 2014م، ص701.الرفاعي، المرجع السابق، ص288.

أمّا عن قانون الأحوال الشخصية العربية فإنها لم تأخذ بنتائج التحاليل الطبية بشكل صريح إلا في بعض البلـدان على أسـاس التحفظ، فمثلا نجـد المشرع المصري في قـانون الأحوال الشخصية المصري الجديد لم يتعرض لمسألة إثبات النسب إلا في حالة وفاة المورث، حيث نصت المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000م على أنه: "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء"[1].

وإعمالا لهذا النص، فإنه يشترط لقبول دعوى الإقرار بالنسب بعد الوفاة أن يتوافر فيها أحد ثلاثة أمور:

الأول: وجود أوراق رسمية تتضمن إقرار المورث بأبوته للولد.

الثاني: وجود أوراق عرفية محررة جميعها بخط المورث وتحمل إمضاءه تدل على إقراره بأبوته للولد.

الثالث: توافر أدلة قطعية جازمة تدل على صحة بنوة الطالب[2].

وطبقا للشرط الثالث فإن المشرع قد رأى إثبات النسب في هذه الحالة إذا توافرت أدلة قطعية جازمة تدل على صحة نسب المدعي من مورِّثه، آخذا في ذلك بما وصل إليه العلم الحديث في مجالات الطب والهندسة الوراثية، أو وسائل التقدم العلمي الأخرى كالتسجيلات الصوتية أو المرئية، ويخضع الأمر في ذلك لتقدير المحكمة، وبشرط لقبول هذه الأدلة أن تكون قائمة وموجودة قبل إقامة الدعوى، وفقا لنص هذه المادة، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة[3]، في حين نجد المشرع التونسي قضى بجواز إسناد لقب الأب للطفل مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل، وهو ما نص عليه الفصل الأول من قانونالأحوال الشخصية التونسية الصادر بتاريخ: 28-10-1998م بقوله: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية، ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر للمحكمة الابتدائية المختصة

1- موقع كلية الحقوق لجامعة المنصورة: www.f-law.net

2- الرفاعي، المرجع السابق، ص287.

3- محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق- القاهرة، ط1: 2002م، ص117-118.

لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

وبهذا النص يكون المشرع التونسي أول من يُجيز إثبات نسب المجهول بواسطة البصمة الوراثية بصريح النص في الدول العربية غير أنه يثار على النص السابق ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: وتتعلق بالإجراءات، فقد بين النص السابق بأن الجهة المختصة في دعوى إثبات النسب هي المحكمة الابتدائية، وحددت أطراف الدعوى بالأب والأم والنيابة العامة ليكرس ذلك ولأول مرة بصريح النص إسناد صفة النيابة العامة في قضايا إثبات النسب.

أما الملاحظة الثانية: فتتعلق بمضمون النص الذي جاء فيه " على الأم الحاضنة لابنها القاصر أن تسند له اسما ولقبها العائلي " حيث نص في الفقرة الثانية على إمكانية إسناد لقب الأب لهذا الطفل إذا أثبت أنه والده مبيناً الوسائل التي يثبت بها هذه الأبوة[1].

أمّا عن قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب في المادة 40 على أنه:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"،

لم يبين المشرع الجزائري من خلال هذه المادة بصراحة المقصود من الطرق العلمية؛ باعتبار أنها تنقسم بدورها إلى قسمين، قسم بأنه ظني الثبوت، والمتمثل في تحاليل الدم، وقسم قطعي الثبوت، والمتمثل في البصمة الوراثية، ومع هذا فإن القضاء الجزائري قد أخذ بالخبرة الطبية وهذا من خلال القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 05 مارس 2006م وكان نصه كالآتي: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية" [2].

1- بوصبع فؤاد، المرجع السابق، ص137.

2- ينظر: قرار محكمة العليا، رقم: 3551810، بتاريخ: 05-03-2006م، المجلة القضائية لسنة 2006م، العدد:01، ص469.

وعلى هذا فإن تطبيق المادة 40 من ق.أ.ج ليس على الإطلاق؛ لأن إجبار المتقاضي على إجراء تحاليل الدم أو تحاليل البصم الوراثية من أجل تأكيد النسب أو عدمه يصطدم مع مبدأ دستوري يتعلق بما يلي[1]:

1- عدم انتهاك حرمة الإنسان، إذ تنص المادة 34 من دستور 1996 على أنه":تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة"[2].

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية الحديثة في النسب، وخصوصا فحص الحمض النووي الذي يشكل تدخلا في الحياة الخاصة للفرد كونها تبحث عن الخصائص الوراثية من خلال الاستعداد الوراثي للشخص مما قد يمد للغير بمعلومات خاصة بالزوجين، تكون ذات طابع شخصي خاص[3].

2- عدم انتهاك السلامة الجسدية، إذ تنص المادة 35 من دستور 1996 على أنه":يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

كما أن مختلف القوانين الإجرائية أقرت مبدأ عاما ظل راسخا مؤداه أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وأن اللجوء إلى أخذ عينات دم شخص هو إجباره على تقديم دليل ضد نفسه، وهنا يطرح بشدة بطلان الإجراء كونه خرق المبدأ القانون الراسخ[4].

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص495.

2- ينظر: الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996م، معدل بالقانون 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002م، الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002م، القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008م، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 15 نوفمبر 2008م.

3- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص110-111.

4- المرجع نفسه، ص111.

الفرع الثاني: موقف فقهاء الإسلام والقانون من منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة النسب

أولا: موقف فقهاء الإسلام من منزلة البصمة الوراثية بين أدلة النسب

اختلف الفقهاء المعاصرون في تحديد منزلة البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب بالنسبة إلى الطرق الأخرى على قولين:

القول الأول: إن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة؛ بحيث لا تُقدَّم على الأدلة الشرعية المتفق عليها؛ لأنها أقوى في تقدير الشرع في حين أن البصمة الوراثية لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار، وذهب إلى هذا القول أكثر الفقهاء المعاصرين[1]، استدلوا بما يلي:

1- إن الطرق الشرعية المتمثلة في الفراش، والبينة، والإقرار، هي وسائل إثبات النسب نص عليها القرآن والسنة وإجماع الأمة، فلا يسوغ أن تتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار، وربما يعتريها الخلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحاليل، وعليه فالأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها، أو إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على نسخها، وهو أمر مستحيل[2].

2-إن عمدة جواز العمل بالبصمة الوراثية هي قياسها على القيافة، فغاية الأمر أن تأخذ حكمها، وتقع في منزلتها[3].

القول الثاني: البصمة الوراثية يجب تقديمها على الطرق الشرعية؛ باعتبار أنها دليلا حسيا لتحديد الهوية الشخصية، وذهب إلى هذا القول الدكتور سعد الدين هلالي[4]، واستدل لهذا الرأي أنّهمن

1- أعمال بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 21-26 شوال 1422هـ، الموافق لـ 5-10 يناير 2002م، للأساتذة الآتية أسماؤهم: "وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 22/3-23. علي محيي الدين القره داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي 59/3. فريد واصل البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 106/3". السبيل، المرجع السابق، ص59. الكعبي، المرجع السابق، ص376. ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص218.

2- ناصر عبد الله الميمان، المرجع نفسه، ص218. السبيل، المرجع نفسه، ص59.

3- ناصر عبد الله الميمان، المرجع نفسه، ص218.

4- يقول الدكتور سعد الدين هلالي: "والبصمة الوراثية من حيث كونها دليلا حسيا لتحديد الهوية الشخصية تعتبر مانعا من قبول الأدلة الظنية بدعوى الفراش، أو الشهادة، أو الإقرار إذا تعارضت معها". ينظر: الدكتور سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية –دراسة فقهية مقارنة، ص239.

شروط قبول الدليل الظني عند الفقهاء هو عدم معارضته للدليل الحسي، ومن ذلك ما يلي:

1-ادعاء النسب بالفراش الشرعي مردود إذا لم يصدقه الحس، كما لو أن المرأة أتت بولد في أقل من ستة أشهر من يوم زواجها، أو أتت به والزوج صغير غير بالغ، فإن الولد لا ينسب إلى الزوج بالاتفاق؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بحكم العادة المحكمة والاستدلال القرآني، قال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[1]، ثم قال تعال:﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾[2]، فبقي للحمل ستة أشهر، ولأن غير البالغ لا ماء له[3]، وفي هذا الصدد يقول ابن رشد:"واتّفقوا على أنّ الولد لا يلحق بالفراش في أقلّ من ستّة أشهر، إمّا من وقت العقد، وإمّا من وقت الدّخول"[4]، وقال الشيرازي: "وإن كان الزوج صغيراً لا يولد لمثله لم يلحقه؛ لأنه لا يمكن أن يكون منه أن ينتفي عنه من غير لعان؛ لأن اللعان يمين، واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فيتحقق باليمين أحد الجائزين، وهاهنا لا يجوز أن يكون الولد له، فلا يحتاج في نفيه إلى اللعان"[5]

2- الشهادة وإن كانت هي أساس إثبات الحقوق والحدود، ولذلك تسمى البينة، إلا أن الفقهاء نصوا على ردها عند التهمة وعدم الحاجة إليها إن كان المشهود عليه أمرا ظاهرا جليا[6]، وفي هذا الصدد يقول الشيرازي:"ولا تقبل شهادة المغفل الذي يكثر منه الغلط لأنه لا يؤمن أن يغلط في شهادته وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط"[7].

3- أن لا يعارض الإقرارُ الحسَّ أو العقلَ، كمن يقر على نفسه بنسب مجهول النسب، فلا يقبل إقرار بنسب ولد مثله في السن لمخالفته الحس والعقل[8].

1- سورة الأحقاف، الآية: 15.
2- سورة لقمان، الآية: 14.
3- سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، ص233.
4- ابن رشد، المصدر السابق،291/2.
5- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،78/3.
6- سعد الدين هلالي، المرجع نفسه، ص235.
7- الشيرازي، المصدر نفسه، 436/3.
8- سعد الدين هلالي، المرجع نفسه، ص238.

يقول الدكتورسعد الدين هلالي: "مما سبق يتضح أن الفقهاء وضعوا شروطا لقبول الفراش الشرعي، وقبول شهادة الشهود، وقبول الإقرارات، ومن أهم تلك الشروط ألاّ تخالف حسا أو عقلا، والبصمة الوراثية بعد ثبوت حقيقتها العلمية ونجاح إجرائها، تعد في نظري حكما حسيا؛ لكونها مشاهدة حقيقية، يجب ألا تعارضها سائر الأدلة، فهي في حكم الشرط لصحة الأخذ بالأدلة المعروفة (الفراش، والبينة والإقرار) إذا كان الأمر يتعلق بتحديد الهوية"[1].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين يتبين للباحث أن القول الأول هو الراجح؛ باعتبار أن الطرق الشرعية (الفراش، والبينة، والإقرار) تعتبر وسائل تلقتها الأمة بالقبول، وقد نص القرآن والسنة، وإجماع الأمة في إثبات النسب بها، فلا يجوز تقديم البصمة الوراثية بدعوى أنها وسيلة قطعية في حالة نفي النسب، وشبه قطعية في حالة الإثبات،يقول الدكتور ناصر عبد الله الميمان: "إن الطرق التقليدية للفراش، والبينة، والإقرار هي ما أجمعت عليه الأمة منذ عصر الصحابة إلى يومنا هذا، فكيف يسوغ أن تتقدم عليها البصمة الوراثية التي لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار، ويعترف الخبراء باحتمال أن يعتريها الخلل من الناحية الفنية أثناء إجراء التحاليل، فمن ثم لم يتفق عليها حتى محاكم الدول التي اكتشفتها وعرفت كثيرا من أسرارها بادئ الأمر"[2]، أمّا طرق إثبات النسب المختلف فيها كالقيافة والقرعة، فإن البصمة تتقدم عليهما؛ لأن البصمة الوراثية تقوم على أساس التجارب العلمية التي مبناها اليقين لا الشك، بينما القيافة تقوم على أساس الفراسة التي مبناه الشبه والتخمين، والقرعة تقوم على العشوائية.

ثانيا: موقف فقهاء القانون من منزلة البصمة الوراثية بين أدلة النسب

إن مستند جواز العمل بالبصمة الوراثية في غالبية القوانين العربية هو قياسها على القيافة، وهي الخبرة في إلحاق نسب الولد بمن يشبهه ممّن يدّعون نسبه بناء على ما بينهما من مشاركة أو اتحاد في الأعضاء وسائر الأحوال والأخلاق[3]، فنجد مثلا المشرع التونسي أنه جعل البصمة الوراثية والشهادة

1- المرجع نفسه، ص238-239.

2- ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص218.

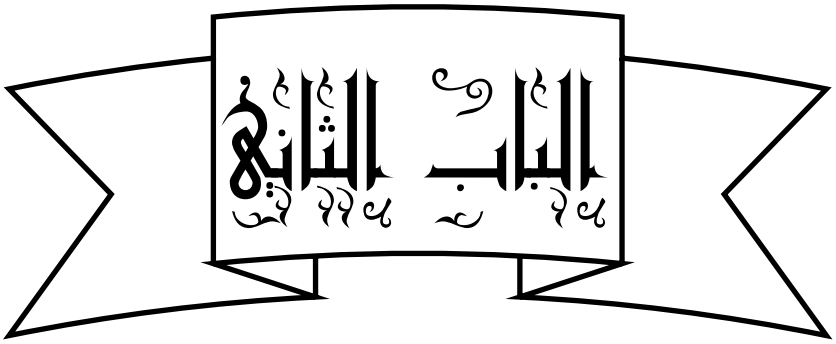
3- الرفاعي، المرجع السابق، ص227.

والإقرار في مرتبة واحدة في مسألة إثبات النسب، وهذا ما نص عليه في الفصل الأول من قانونالأحوال الشخصية التونسية الصادر بتاريخ: 28-10-1998م بقوله: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام مجلة الحالة المدنية، ويمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر للمحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل"، بينما نجد المشرع الجزائري لم يقدم البصمة الوراثية على طرق إثبات النسب الأخرى، وهذا ما أشار إليه في المادة 40 من ق.أ.ج بقوله:"يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"، ثم أشار في الفقرة الثانية"يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، ويؤكد هذا أن القضاء الجزائري في مسائل إثبات النسب لم يقدم البصمة الوراثية على الطرق القانونية -الزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة- استنادا إلى القرار الذي أصدرته المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري، والمؤرخ في 15 جوان 1999م الذي نصه كالتالي:"متى تبين أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب لقواعد خلافا إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض"[1].

أمّا عن التشريعات الغربية فنلاحظ أن المشرع الفرنسي اعتبر البصمات الوراثية في القانون رقم: 94-653، الصادر في 29 جويلية 1994م دليلا مستقلا يجوز بناء الحكم عليها في مسائل النسب والنفقة كما جاء في المادة 16-11 من القانون المدني الجديد على أنه: "لا يجوز اللجوء إلى تحاليل البصمات الوراثية في القضايا المدنية إلا في نطاق دعوى تهدف إما لإثبات علاقة النسب أو نفيها، أو تهدف إلزام الأب بالإنفاق على الطفل، أو إلغاء هذه النفقة"[2].

1- ينظر: قرار محكمة العليا، رقم: 222674، بتاريخ: 15-06-1999م، المجلة القضائية لسنة 1999م، العدد:01، ص126-127.

2- فواز صالح، المرجع السابق، ص209.



نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الأحوال الشخصية

(دراسة تطبيقية)

توطئة:

لا شك أن الخبرة الطبية تعتبر أحد الوسائل التي يستعين بها القاضي في حل الكثير من الخصومات الناجمة بين الأفراد؛ إذ بها يتوصل إلى معرفة الحقائق والوقائع المتنازع فيها، وهذا بفضل التقنيات الحديثة كاعتماده على تحاليل فصل الدم لمعرفة هوية الفرد المجهول خصوصا البصمة الوراثية، باعتباره وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من شخصية وهوية الفرد، وغيرها من تقنيات الطب الشرعي.

إن مسائل الأحوال الشخصية كثيرة ومتنوعة، وقد تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون بالدراسة والتحليل، لهذا سأقتصر على دراسة قضايا الأحوال الشخصية التي يحدث فيها النزاع بواسطة وسائل الإثبات الطبية والبيولوجية؛ باعتبار أن عنوان الرسالة يتحدث عن أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، ولاشك أن مسائل الأحوال الشخصية التي ترتبط بموضوع الرسالة هي كالتالي: إثبات العيوب الزوجية، إثبات النسب ونفيه، وإثبات الميراث، فبالنسبة للعيوب الزوجية فقد اختلف فقهاء الإسلام في التفريق بها على ثلاثة مذاهب، مذهب يقول بعدم جواز التفريق بأي عيب من العيوب، سواء كان في الزوج أو في الزوجة، وهو قول الظاهرية[1] والشوكاني[2]، ومذهب يقول بجواز التفريق بعيوب الزوج فقط، بحيث يجوز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها، وهو قول الحنفية[3]، ومذهب يقول بجواز التفريق بعيوب الزوج والزوجة، بحيث يجوز لكل من الزوجين طلب التفريق، وهو قول جمهور الفقهاء[4].

وبفضل الفحص الطبي الذي يُجرى قبل الزواج قد أزال الكثير من المشاكل التي تكون بسبب العيوب، كالخناثة، والجنون، والبرص، والجذام، وغيرها، وعليه فإن الفحص الطبي قبل الزواج يجوز شرعا؛ لأنه يحقق مصلحة راجحة ويدرأ مفسدة متوقعة، فالمصلحة الراجحة تتمثل في المحافظة على

1- ابن حزم، المصدر السابق، 202/9.

2- الشوكاني، نيل الأوطار، 300/6.

3- الكاساني، المصدر السابق، 322/2، 330.

4- ابن الهمام، المصدر السابق، 304/4. الزيلعي، المصدر السابق، 25/3. ابن رشد، المصدر السابق، 41/2. الدسوقي، المصدر السابق، 277/2. الشربيني، المصدر السابق، 339/4. البهوتي، المصدر السابق، 109/5. ابن قيم الجوزية، المصدر السابق، 30/4.

استقرار الأسرة، وانتشار المودة والمحبة بين الزوجين، وأمّا المفسدة المتوقعة تتمثل في هدم الأسرة بسبب عدم معرفة العيوب التي تكون في الزوج أو الزوجة، وأيضا انتقال الأمراض إلى النسل الناشئ بينهما، وقد جاء هذا الحكم بالجواز متفقا مع القواعد الشرعية الأصولية والفقهية؛ لأنه إن أمكن رفع وإزالة الضرر قبل وقوعه تجنبا للمفاسد أولى وأحسن من إزالته بعد الوقوع[1]، وبالتالي فاللجوء إلى الفحص سيؤدي إلى التقليل من نسبة الإصابة بهذه الأمراض التي يشهدها المجتمع، والتي قد يكون الزواج سببا في انتقالها؛ باعتبار أن الصفات الوراثية تنتقل من الآباء إلى الأبناء، وقد أوصى مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 19-1424/10/23هـ، الموافق 13-2003/12/17م بأهمية الفحوص الطبية قبل الزواج، والتشجيع على إجرائها، وتيسير تلك الفحوصات للراغبين فيها، وجعلها سِرِّية لا تفشى إلا لأصحابها المباشرين[2].

وعند الرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية نجد أن الدول الأجنبية اهتمت بموضع الفحص الطبي قبل الزواج اهتماما كبيرا، فشهادة خلو الزوجين من الأمراض إجبارية في كل من ألمانيا، والأرجنتين، وبوليفيا، وأستونيا، الدنمارك، وروسيا، وتركيا، ولقد اهتم الدستور النرويجي بهذا الموضوع اهتماما كبيرا، إذا أحل الطبيب من سرية مهنته، وأوجب عليه إبلاغ السلطات المختصة إذا تبين له وجود أمراض معدية في أحد الخاطبين[3].

أمّا قوانين الأحوال الشخصية العربية فمعظمها أخذت بفكرة الفحص الطبي قبل الزواج، حيث الفحص إجباري في كل من تونس، وسوريا، والعراق، والأردن، ومصر منذ فترة طويلة، وانضمت إليهم مؤخرا ليبيا، والإمارات السعودية[4]، وكذلك قانون الأسرة الجزائري نص عليه في المادة 07 مكرر منه على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت

1- عبد الفتاح أحمد أبو وكيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به في منظور الفقه الإسلامي (دراسة فقهية طبية قانونية معاصرة)، مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية، ط1: 2012م، ص273.

2- القرار الخامس بشأن أمراض الدم والوراثة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 19-1424/10/23هـ، الموافق 13-2003/12/17م، ص 45.

3- الأشقر، مستجدات في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس –الأردن، ط3: 2010م، ص98.

4- فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيدها ومقاصدها- دراسة مقارنة، دار النفائس- بيروت، ط1: 2011م، ص161.

خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"، وقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 06 – 154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1427 هـ، الموافق لـ 11 مايو 2006م، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر السالفة الذكر من قانون الأسرة الجزائري، وهذا من خلال المادة الثانية والثالثة من هذا المرسوم، حيث نصت المادة 02 على أنه: "يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر، تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم، يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم"، ونصت المادة 03 على أنه: "لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه إلا بناء على نتائج: فحص عيادي شامل، تحليل فصيلة الدم (ABO + Rhésus)".

وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء الفحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من نفس المرسوم، ومن ثم نصت المادة 06 نفس المرسوم السابق على أنه: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"، كما نصت المادة 07 من نفس المرسوم السابق على أنه: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج، لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين"[1]، بينما لا يزال اختياريا في بعضها، وفي بعضها الآخر يخطو بخطواته الأولى نحو التقنين من خلال التوعية الإعلامية بأهميته، وقطر من الدول القائمة على هذا الدور[2].

1- يقول الدكتور بلحاج العربي: "وبصفة عامة فإن المشرع الجزائري من فرض الشهادة الطبية قبل الزواج هو موقف حكيم، فدورها وقائي يساعد على حفظ الأسرة من الأمراض المعدية والجنسية التي تكون قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، والهدف منها هو وضع كل راغب في الزواج أمام مسؤولته، وبالتالي يتحمل الآثار التي يمكن أن تترتب عنها". ينظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 140/1.

2- فاتن الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيدها ومقاصدها، مرجع سابق، ص161.

وخلاصة القول: قد أبرز الأطباء الإيجابيات التي تترتب على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، وهي ملخصة فيما يلي:

أ- حماية المجتمع من انتشار الأمراض، والتقليل من الأعباء المادية التي تصرف في علاج تلك الأمراض.

ب- ضمان إنجاب أطفال أصحاء سليمين عقليا وجسديا وتجنب المشكلات الاجتماعية والنفسية.

ج- التحقق من قدرة كل من الخاطبين على ممارسة علاقة جنسية سليمة مع الآخر[1].

كما أنه استطاع الطب الحديث أن يزيل العيوب الزوجية بالجراحة كالرتقاء، والقرناء، وبالأدوية كالبخر، وغيرها، وبالتالي لا تفريق بين الأزواج في حالة زوال العيب بالجراحة، إذ تتدخل الجراحة الحديثة في إزالة غالب هذه العيوب، وتثبت هذه العيوب برؤية أهل الطب المختصين، ويبقى العيب الذي لا تستطيع الجراحة أن تلغيه، يبقى التفريق به واردا[2].

كما أنه يجوز التفريق عند إصابة أحد الزوجين بالأمراض المعدية كالإيدز[3] مثلا، وقد قرر المشاركون في ندوة "رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز" في توصياتهم أنه يجوز لكل واحد من الزوجين طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى الإيدز؛ باعتبار أن الإيدز مرض معد تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي[4]، هذا الأمر جعلني أن لا أفرد العيوب الزوجية فصلا في الدراسة التطبيقية؛ باعتبار أن الفحص الطبي قبل الزواج قد أزال الكثير من مشكلات الخصومة بين الزوجين، بالإضافة إلى أن الطب الحديث له دور كبير أيضا في هذا الأمر بفضل العلاج والجراحة.

1- جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات لطبية والبيولوجية العصرية، دار المعرفة- بيروت، ط1: 2010م، ص238-239.

2- المرجع نفسه، ص201.

3- هو أحد أنواع الريتروفيروسات، وهو المسؤول عن داء فقدان المناعة المكتسبة، في بداياته يكون دون أعراض وعندما تظهر الأعراض يكون الجهاز المناعي قد فقد قدرته على حماية الجسم من الأمراض. ينظر:

Gerd Gross and others, Sexually Transmitted Infections and Sexually Transmitted Diseases, University of Texas, Springer Heidelberg Dordrecht London New York-USA, E 2011, P 24

4- عقدت هذه الندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويتية بتاريخ 6-1993/12/7م في مدينة الكويت بالاشتراك مع وزارة الصحة الكويتية، ومجمع الفقه الإسلامي بجدة، والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية، وهي الندوة الفقهية الطبية السادسة من سلسلة ندوات المنظمة للعلوم الطبية. ينظر: الأشقر، المرجع السابق، 54/1.

أمّا إثبات النسب ونفيه فهو من أهم المواضيع التي تحتاج إلى دراسة معمقة؛ باعتبار أن كل فرد يعتز بالانتساب إلى أبويه ويفتخر بهما، فهو مجبول بفطرته على صيانة نسبه، ويغضب أشد الغضب على كل من يقدح في نسبه، وقد حرصت الشريعة الإسلامية الغراء على حفظ النسب وصيانته من كل شائبة تشوبه، فحرمت الزنا لما فيه من اختلاط الأنساب، كما أنها جعلت طرقا لإثبات النسب أو نفيه، وهذا حفاظا على استقرار الأسرة واستتاب الطمأنينة فيها، وقد أفردت له فصلا تطبيقيا في بعض قضياه، وعنونت له بـ **نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن**

وأمّا إثبات الميراث فيعتبر من أهم المواضيع التي تحتاجها الأمة الإسلامية؛ باعتبار أن الميراث يتعلق بانتقال المال من المُوَرِّث إلى الوارث، وقد ينجم عنه النزاعات والخصومات بين أقرباء المُوَرِّث؛ لهذا تولى الله تبارك وتعالى بنفسه قضية تقسيم التركة بين الورثة، وجعل لكل ذي حق حقه من الميراث، وهذا صيانة ودرءا لكل فتنة تنشأ بين أقرباء المُوَرِّث.

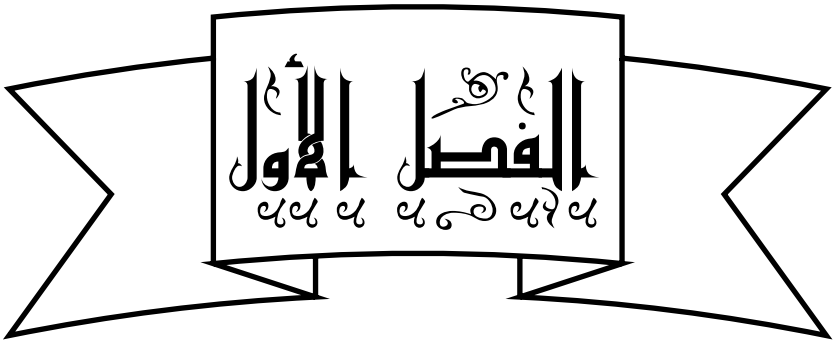
ولقد تناول العلماء المتقدمون –رحمهم الله– أحكام المواريث بالدراسة، فأَصَّلوا الأصول وقَعَّدوا القواعد لهذا العلم، ومع ذلك فهناك جزئيات تستحق البحث والنظر، لا سيما وأن العصر الحديث قد شهد تطورا هائلا في الطب والتكنولوجيا، هذه الاكتشافات الحديثة –التطورات الطبية والبيولوجية خاصة– حلت الكثير من مسائل الميراث التي يتردد فيها الوارث بين الوجود والعدم، أو الذكورة والأنوثة، كميراث الحمل، وميراث الهدمى والغرقى، وميراث الخنثى، وغيرها.

هذه المسائل جعلتني أفرد لها فصلا أجمع فيه كل ما يتعلق بقضايا الميراث وعلاقتها بالتطورات الطبية والبيولوجية، وقد عنونت له بـ: **نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الميراث في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.**

وعلية تكون الدراسة التطبيقية لموضوع الرسالة في فصلين هما:

الفصل الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا النسب

الفصل الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الميراث



نطاق التطورات الطبية والبيولوجية

في قضايا النسب

توطئة:

لا شك أن النسب هو من أهم مقومات الأسرة، لهذا جاءت الشريعة الإسلامية الغراء لتحافظ عليه وتصونه من أي شبهة تخل به، فقد جعلت طرقا لإثباته كالفراش، والإقرار، البينة، وغيرها، كما جعلت طريقا لنفيه وهو اللعان، وفي هذا العصر الحديث قد تطور العلم وأضحى الأمر لصالح الطب الشرعي الذي استطاع أن يعالج الكثير من مشاكل النسب التي بسببها صارت الشحناء والبغضاء بين الناس، وهذا من خلال اعتماده على وسائل علمية في منتهى الدقة، وهذا ما يلاحظ أثره من خلال تحاليل الدم، والبصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه، بحيث لا يمكن لفصيلة دم مثلا أن تظهر عند الطفل ما لم تكن مورثاتها موجودة في واحد من الأبوين أو في كليهما، وأمّا البصمة الوراثية فهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، فلها دور كبير في معرفة النسب، وهوية المشوهين في الحروب، والجثث المحترقة، وغيرها، وهذه الأخيرة –البصمة الوراثية– سأعتمدها في الدراسة التطبيقية من خلال أثرها في قضايا النسب.

من هذا المنطلق ارتأيت أن أدلو بدلوي وأعالج بعض القضايا العالقة بالنسب؛ باعتبار أن الحفاظ على النسب مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، ومن ثم قُسِّم هذا الفصل بعون الله تعالى إلى أربعة مباحث، مبحث أول تناولت فيه البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب المتنازع عليه، ومبحث ثان تناولت فيه البصمة الوراثية وأثرها في إثبات نسب ولد الزنا، ومبحث ثالث تناولت فيه البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي، ومبحث رابع تناولت فيه البصمة الوراثية وأثرها في نفي النسب.

المبحث الأول: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه

لا خلاف بين الفقهاء فيمن ادعى نسب لقيط أو مجهول النسب أو غير معروف النسب، ولم ينازعه فيه أحد أنه يثبت النسب له، قال ابن تيمية: "لو استلحق مجهول النّسب، وقال: إنّه ابني لحقه باتّفاق المسلمين؛ إذا كان ذلك ممكنا ولم يدّع أحد أنّه ابنه: كان بارّا في يمينه؛ ولا حِنث عليه"[1]، بل هناك إجماع على ذلك، وقد نقله ابن المنذر في قوله: "وأجمعوا على أن الرجل الذي قال: هذا الطفل ابني، وليس للطفل نسب معروف يُنسب إليه، وأن نسبه يثبت بإقراره، وأجمعوا على أن لو أن رجلا بالغا من الرجال قال: هذا أبي، وأقر له البالغ، ولا نسب للمقر معروف أنه ابنه إذا جاز لمثله مثله"[2]، وأمّا إذا تنازع اثنان أو أكثر في بنوة ولد وقد تساوت بيّنات المتنازعين، ففي هذه الحالة هل يمكن الرجوع إلى الطب الشرعي لمعرفة هوية الولد المتنازع فيه أم لا؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت أن أقسم البحث إلى ثلاثة مطالب، مطلب أول تناولت فيه نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه في الفقه الإسلامي، ومطلب ثان تناولت فيه نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه في القانون المقارن، ومطلب ثالث تناولت فيه المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمة الوراثية.

المطلب الأول: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء المحدثين في إثبات نسب الولد المتنازع عليه بالبصمة الوراثية على قولين:

القول الأول: يجوز إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمة الوراثية، وهذا من أجل تحديد الأب البيولوجي للولد المتنازع عليه، وإلى هذا ذهب غالبية الفقهاء المحدثين[3]، وهو قرار المجمع الفقهي

1- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 10/34.

2- ابن المنذر، الإجماع، مصدر سابق، ص 74-75.

3- السبيل عمر، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، مرجع سابق، ص50، أعمال بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 21-26 شوال 1422هـ، الموافق لـ 5-10 يناير 2002م، للأساتذة الآتية أسماؤهم: "علي القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، 59/3. نصر فريد وصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 108/3. سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 274/3". ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مرجع سابق، ص219. الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة فقهية مقارنة، ص667.

برابطة العالم الإسلامي الذي نصه كالتالي: "يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالة التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أم تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه"[1]، واستدلوا بالسنة النبوية.

1- عن عائشة –رضي الله عنها- أنها قالت: دخل عليّ رسول اللّه –صلى الله عليه وسلم- ذات يوم وهو مسرور فقال: « **يَا عَائِشَةُ أَلَمْ تَرَىْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيَّ دَخَلَ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ** »[2].

وجه الدلالة أن سرور النبي –صلى الله عليه وسلم- بقول القائف فيه دلالة على قبول حكمه في إثبات النسب القائم على الشبه؛ لأن النبي–صلى الله عليه وسلم- لا يقر إلا على حق، ولا يسر على باطل، والبصمة الوراثية أدق في معرفة الهوية البيولوجية بين الأب وابنه؛ باعتبار أنها دلالة قطعية في حالة النفي، وشبه قطعية في حالة الإثبات، فكان تقديمها من باب أولى على القيافة، يقول عمر السبيل: فالبصمة الوراثية والاستدلال بها على إثبات النسب يمكن أن يقال: بأنها نوع من القيافة، وقد تميزت بالبحث في خفايا وأسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة كبيرة وعمق ومهارة علمية بالغة مما يجعلها تأخذ حكم القيافة في هذا المجال من باب أولى[3].

2- عن عائشة –رضي اللّه عنها- أنّها قالت: اختصم سعد بن أبي وقّاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقّاص، عهد إليّ أنّه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، وُلد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله –صلّى الله عليه وسلّم- إلى شبهه، فرأى شبها بيِّنا بعتبة، فقال: «**هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ، وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتَ زَمْعَةَ**»[4].

1- القرار السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي- مكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين: 21-26 من شوال 1422هـ، الموافق لـ: 5-10 يناير 2002م، 359/3.

2- سبق تخريجه، ينظر: ص36.

3- السبيل عمر، المرجع السابق، ص47-49.

4- أخرجه البخاري، كتاب الفرائض باب من ادّعى أخا أو ابن أخ، رقم الحديث:[6765]، وأخرجه مسلم، كتاب الرّضاع باب الولد للفراش، وتوقّي الشّبهات، رقم الحديث:[1457]، 1080/2.

وجه الدلالة من الحديث أن النبي-صلّى الله عليه وسلّم- عمل بالشّبه في حجب سودة عنه[1].

– مناقشة الأدلة: بالنسبة إلى استدلالهم بحديث عائشة في أن النبي- صلّى اللّه عليه وسلّم – أقر إثبات نسب أسامة بأبيه عن طريق القائف غير صحيح؛ لأنّ ثبوت نسب أسامة – رضي اللّه عنه – كان بالفراش لا بقول القائف إلّا أنّ المشركين كانوا يطعنون في ذلك لاختلاف لونهما، وكانوا يعتقدون أنّ عند القافة علم بذلك، وأنّ بني المدلج هم المختصّون بعمل القيافة، فلمّا قال ما قال كان قوله ردّا لطعن المشركين فإنّما سرّ به رسول اللّه – صلّى اللّه عليه وسلّم – لهذا، لا؛ لأنّ قول القائف حجّة في النّسب شرعا[2]. وأمّا استدلالهم بقول النبي صلى الله عليه في ابن زمعة احتجبي منه يا سودة بنت زمعة فقد أجيب عليه بأنّه أمرها بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط والورع والصّيانة لأمّهات المؤمنين من بعض المباحات مع الشّبهة وذلك لما رآه – صلّى اللّه عليه وسلّم – في الولد من الشّبه البيّن بعتبة بن أبي وقّاص[3].

القول الثاني: لا يجوز إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمة الوراثية، وإلى هذا ذهب بعض فقهاء المحدثين[4]، لجنة الإفتاء في وزارة الأوقاف الكويتية[5]، واستدلوا بالسنة النبوية والمعقول.

أولا: السنة النبوية

1- عن أبي هريرة –رضي اللّه عنه- أنّ رسول اللّه –صلّى الله عليه وسلّم- جاءه أعرابيّ فقال: يا رسول اللّه، إنّ امرأتي ولدت غلاما أسود، فقال: «**هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ**» قال: نعم، قال: «**مَا أَلْوَانُهَا**» قال: حُمْرٌ، قال: «**هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ**» قال: نعم، قال: «**فَأَنَّى كَانَ ذَلِكَ**» قال: أُرَاه عرق نزعه، قال: «**فَلَعَلَّ ابْنَكَ هَذَا نَزَعَهُ عِرْقٌ**»[6].

1- ابن قدامة، المصدر السابق، 126/6.

2- السرخسي، المصدر السابق، 70/17.

3- الصنعاني، المصدر السابق، 218/3.

4- منهم د. أحمد حجي الكردي، والشيخ عبد الله المنيع، انظر قوليهما في ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، 512/1-525. نقلا عن الرفاعي، المرجع السابق، ص642.

5- وذلك في الفتوى رقم 54 لعام 1996م. نقلا المرجع نفسه، ص642.

6- أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب ما جاء في التّعريض، رقم الحديث: [6847]، 262/4.

وجه الدلالة من الحديث أنّ مجرّد الشّبه غير معتبر فقد يُشبه الولد أباه الأدنى، وقد يُشبه الأب الأعلى الّذي باعتباره يصير منسوبا إلى الأجانب في الحال، فبيّن النّبيّ – صلّى اللّه عليه وسلّم – أنّه لا عبرة للشّبه[1]، والبصمة الوراثية ما هي إلا قياس عن القيافة في الحكم، وبالتالي لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في إثبات النسب.

2– عن عائشة –رضي اللّه عنها– أنّها قالت: اختصم سعد بن أبي وقّاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقّاص، عهد إليّ أنّه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، وُلد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله –صلّى الله عليه وسلّم– إلى شبهه، فرأى شبها بيّنا بعتبة، فقال: «**هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»[2].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي–صلّى الله عليه وسلّم– أثبت النسب عن طريق الفراش، ولم يثبته بالشبه.

ثانيا: المعقول

1– إن الحكم بالقيافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين، فإن الشبه يوجد بين الأجانب وينتفي بين الأقارب[3].

2- إنّ اللّه تعالى شرع حكم اللّعان بين الزّوجين عند نفي النّسب، ولم يأمر بالرّجوع إلى قول القائف فلو كان قوله حجّة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه، وقول القائف رجم بالغيب ودعوى، فقد يشبه الولد أباه الأدنى، وقد يشبه الأب الأعلى الّذي باعتباره يصير منسوبا إلى الأجانب في الحال[4].

مناقشة الأدلة:

– في حديث أبي هريرة –رضي اللّه عنه– لم يعتبر النبي–صلّى الله عليه وسلّم– الشبه في إثبات النسب لوجود دليل الفراش الذي هو أقوى منه، وفي هذا الصدد يقول ابن قيم الجوزية: "أمّا قصّة

1– السرخسي، المصدر السابق، 70/17.
2– سبق تخريجه، ينظر: ص 156.
3– ابن قدامة، المصدر السابق، 126/6.
4– السرخسي، المصدر نفسه، 70/17.

من ولدت امرأته غلاما أسود فهو حجّة عليكم؛ لأنّها دليل على أنّ العادة الّتي فطر اللّه عليها النّاس اعتبار الشّبه، وأنّ خلافه يوجب ريبة، وأنّ في طباع الخلق إنكار ذلك، ولكن لمّا عارض ذلك دليل أقوى منه وهو الفراش كان الحكم للدّليل القويّ، وكذلك نقول نحن وسائر النّاس: إنّ الفراش الصّحيح إذا كان قائما فلا يعارض بقافة ولا شبه، فمخالفة ظاهر الشّبه لدليل أقوى منه – وهو الفراش – غير مستنكَر، وإنّما المستَنكَر مخالفة هذا الدّليل الظّاهر بغير شيء"[1].

– وأمّا استدلالهم بحديث النبي –صلّى الله عليه وسلّم– الولد للفراش يجاب عليه بأنّ الشبه وحكم القافة إنّما يُعتمد إذا لم يكن هناك أقوى منه كالفراش كما لم يحكم صلّى اللّه عليه وسلّم بالشّبه في قصّة المتلاعنين مع أنّه جاء على الشّبه المكروه[2].

– وأمّا وجود الشّبه بين الأجانب وانتفاؤه بين الأقارب وإن كان واقعا فهو من أندر شيء وأقلّه، والأحكام إنّما هي للغالب الكثير[3]، وأمّا تقديم اللّعان على الشّبه وإلغاء الشّبه مع وجوده، فكذلك أيضا هو من تقديم أقوى الدّليلين على أضعفهما، وذلك لا يمنع العمل بالشّبه مع عدم ما يعارضه، كالبيّنة تُقدّم على اليد والبراءة الأصليّة ويُعمل بهما عند عدمهما[4].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين يتبين للباحث أن الراجح في المسألة –والله أعلم– هو القول الأول، وهذا لقوة ما استدلوا به من قياس البصمة الوراثية على القيافة، فإذا كان يجوز إثبات النسب بالقيافة التي تعتمد على الشبه الظاهري، فإن البصمة الوراثية يعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية التي علم بالتجارب العلمية صحة نتائجها الدالة على وجود الشبه والعلاقة النَّسبِيَّة بين اثنين أو نفيه عنهما، كما قال أحد الأطباء المختصين: أن كل ما يمكن أن تفعله القافة يمكن للبصمة أن تقوم به، وبدقة متناهية[5].

1- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 378/5.
2- النووي، منهاج شرح صحيح مسلم، 39/10.
3- ابن قيم الجوزية، المصدر نفسه، 378/5.
4- المصدر نفسه، 378/5.
5- السبيل عمر، المرجع السابق، ص46-47.

المطلب الثاني: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه في القانون المقارن

عند الرجوع إلى القوانين العربية والغربية نلاحظ أنها أخذت في تشريعاتها العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه، ونصت عليه في مواد قانونية.

أولا: قوانين الأحوال الشخصية العربية

عند الرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا ما نص عليه في المادة 40 على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وقد أكد القضاء الجزائري استعمال الخبرة الطبية في إثبات النسب المتنازع عليه، وهذا من خلال القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 05 مارس 2006م وكان نصه كالآتي: "يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية" [1]، أمّا قانون الأحوال الشخصية التونسية الصادر بتاريخ: 28-10-1998م قد أجاز المشرع التونسي اللجوء إلى التحليل الجيني في إثبات نسب المجهول؛ أي: النسب المتنازع عليه، ونص على ذلك في الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية رقم 75 على أنه: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

أمّا عن التشريعات الغربية فنلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أجاز العمل بالبصمات الوراثية في مجال إثبات النسب المتنازع عليه، وهذا من خلال المادة (16-11) من القانون المدني الفرنسي على أنه: "وفي مجال القانون المدني لا يمكن أن يتم التعرف أو تحديد هوية الشخص ببصماته الوراثية إلاّ في إطار

1- ينظر: قرار محكمة العليا، رقم: 3551810، بتاريخ: 05-03-2006م، المجلة القضائية لسنة 2006م، العدد:01، ص469.

تحقيقات قضائية أمر بها قاضي الموضوع أو في إطار دعوى منازعة في إثبات النسب أو نفيه أو بصدد دعوى النفقة أو إلغائها".

نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد حدد في هذه المادة نطاق استخدام البصمات الوراثية بدعوى مرفوعة أمام القضاء وبعد أمر من قاضي الموضوع على أن يكون الأمر متعلقا بإثبات أو إنكار بنوة شرعية أو طبيعية، أو بصدد دعوى مطالبة بنفقة للطفل أو للأم أو الإعفاء منها[1]، وعليه اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى قبول استخدام التقنيات الحديثة، كتحليل الدم والبصمات الوراثية لإثبات ونفي النسب، ودعت محاكم الموضوع للأخذ بالحقائق العلمية في هذا المجال[2].

يبدو أن المشرع الفرنسي أراد أن يحصر اللجوء إلى البصمات الوراثية أمام المحاكم التي تنظر في موضوع الدعوى، وبالتالي لم يسمح لقاضي الأمور المستعجلة أن يقرر اللجوء إلى الخبرة البيولوجية التي تهدف إلى الحصول على البصمات الوراثية للأطراف المعنية[3]، ولكن يذهب البعض إلى أن قاضي الأمور المستعجلة وإن كان لا يستطيع أن يقرر اللجوء إلى اختبارات الـ ADN لتحليل البصمات الوراثية، فإنه يستطيع أن يقرر أخذ عينات تسمح فيما بعد إجراء تحاليل البصمات الوراثية بهدف البحث عن الحقيقة البيولوجية[4].

والكشف عن الحقيقة البيولوجية قد يترتب في بعض الحالات نتائج خطيرة جدا، وخاصة بالنسبة للأمن العائلي، وهذا سبب آخر من الأسباب التي دفعت المشرع الفرنسي إلى تقييد حرية الإثبات عن طريق البصمات الوراثية، ففي الواقع هناك تصادم بين القواعد القانونية التي تنظم النسب وبين التقدم العلمي في نطاق الدعوى الهادفة إلى إثبات الحقيقة البيولوجية، وعليه فقد ميز المشرع

1- Galloux, l'empreinte génétique la preuve parfait, Op. Cit. P.10

نقلا عن الرفاعي، المرجع السابق، ص286.

2- Annie Bouttiou, Empreinte génétiques et droit de la filiation. P.271.

نقلا عن الرفاعي، المرجع نفسه، ص289.

3- فواز صالح، المرجع السابق، ص209.

4- Le dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologique, feuillet 26 (01 Mai 2001), N 37, P. 848.

أشار إليه فواز صالح، المرجع السابق، ص209.

الفرنسي الحالات التي يجوز الرجوع فيها إلى الاختبارات الوراثية لتحديد البصمات بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي [1].

1- النسب الشرعي: نصت المادة 312 من القانون المدني الفرنسي على أن "الحمل إذا تم أثناء الزواج، فإن الطفل يلحق بالزوج، ومع هذا يستطيع الزوج أن ينفيه إذا أثبت أنه من يوم القران وحتى مائة وثمانين يوما قبل مولد هذا الطفل كان في مكان بعيد أو كان مصابا في حادث سبّب له عجزا في الاتصال بزوجته"[2].

فالمشرع الفرنسي اعتبر البصمة الوراثية قرينة قطعية تقدم حتى على قرينة الفراش، وهذا ما أشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 312 من القانون المدني الفرنسي على قرينة قانونية يمكن إثبات عكسها، مفادها أن الزوج هو الأب الشرعي للطفل إذا تم الحمل أثناء الزواج، إلا أن الفقرة الثانية قد سمحت للزوج أن ينكر أبوته لهذا الطفل أمام القضاء إذا أثبت أنه لا يمكن أن يكون الأب البيولوجي له، ويستطيع الزوج إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات، ومنها الخبرة البيولوجية لتحديد البصمات الوراثية، حيث تعتبر محكمة النقض الفرنسية هذه الخبرة بمثابة قانونية في قضايا النسب، إلا إذا كان هناك باعث شرعي يمنع من إجرائها[3].

2- النسب الطبيعي: يجيز القانون المدني الفرنسي إثبات الأبوة الطبيعية خارج نطاق الزواج قضائيا، ويمكن إقامة بينة على ذلك بكافة وسائل الإثبات، شريطة أن يكون هناك قرائن وأدلة قوية مثل الشبه بين الطفل والأب المزعوم، وهو ما نصت عليه المادة 342 من القانون المدني الفرنسي استنادا إلى ذلك لا تكفي البصمات الوراثية وحدها لإثبات الأبوة الطبيعية، وذلك لأنه لا يمكن اللجوء إليها إلاّ إذا كانت هناك قرائن وأدلة مسبقة حول أبوة المدعى عليه[4]، بالإضافة إلى ذلك أن هناك حالات منع المشرع الفرنسي كشف الحقيقة البيولوجية فيها، وأهم هذه الحالات هي:

1- فواز صالح، المرجع نفسه، ص210.

2- Loi Nº 65 du 4 Juin 1963 Bull Nº 8 p.552

3- الرفاعي، المرجع السابق، ص298. فواز صالح، المرجع السابق، ص210-211.

4- فواز صالح، المرجع نفسه، ص212.

أ- الولادة تحت اسم مجهول: نصت المادة 341-1 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 1993/01/08م[1] المعدل لبعض أحكام النسب على أنه: "للأم الحق في أن تبقى ولادتها سرا وأن لا يكشف عن هويتها..."، فحق الأم في عدم الكشف عن هويتها وبقاء هذا الأمر سرا لا يثير أي نقاش في فرنسا، وبالمقابل فإن منع الطفل من إثبات نسبه من أمه في حالة الولادة السرية بناء على طلب الأم هو مثار جدل في فرنسا، فالبعض يؤيد ذلك، وحجته هو أن الولادة السرية بناء على طلب الأم يؤمن لها حماية هي في أمس الحاجة إليها، ولا سيما أنها في حالة شدة وضيق، في حين أن البعض الآخر ويشكل الغالبية يرى أن النص القانوني المشار إليه الذي يكرس الولادة بناء على طلب الأم يخالف مصلحة الطفل، وكذلك نص المادة 7 من الاتفاقية نيويورك حول حقوق الطفل لعام 1999م التي تنصّ على حق الطفل في معرفة أصوله[2].

ب- النسب الشرعي الثابت بشهادة الميلاد أو بالحيازة: تعتبر شهادة الميلاد أصل في إثبات النسب وهذا ما نصت عليه المادة 319 من القانون المدني الفرنسي[3] على أن: "نسب الأولاد الشرعيين يثبت بشهادات الميلاد المسجلة في سجل الأحوال المدنية"، أمّا الحيازة في القانون المدني الفرنسي تقوم بوظيفتين أساسيتين:

الوظيفة الأولى: وظيفة إثباتيه، حيث أنها تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات في قضايا النسب، وتستطيع حيازة الحالة بمفرها أن تثبت وجود رابطة النسب الطبيعي، وأن تحل محل شهادة الميلاد عندما يتعلق الأمر بالنسب الشرعي، وهذا نصت عليه المادة 320 من القانون نفسه على أنه: "تكون حيازة الولد الشرعي بصفة دائمة كافية لثبوت النسب"، وفي هذه الحال تعتبر هذه الحيازة قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة الأدلة ومنها اختبارات البصمات الوراثية.

الوظيفة الثانية: وظيفة تقوية ودعم رابطة النسب الثابتة بصورة مسبقة بشهادة الميلاد، وهنا لا تسمح حيازة الحالة بالوصول إلى الحقيقة البيولوجية، وذلك لأن المادة 322 من القانون المدني نفسه نصت على أنه "لا يستطيع أحد أن يثبت أو يعلن ما يناقض شهادة الميلاد أو حيازة النسب المطابق لها، وفي

1- La loi no 93-22 du 08 janvier 1993, www.legifrance.gouv.fr

2- فواز صالح، المرجع السابق، ص215.

3- La loi no 72-03 du 03 janvier 1972, www.legifrance.gouv.fr

مقابل ذلك لا يمكن لأحد أن يحتج على حيازة مطابقة لشهادة الميلاد"، وبالتالي فإنه لا يجوز إثبات ما يخالفها، هذا يعني أنه لا يجوز اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات عكس تلك الحالة[1].

ج- النسب الثابت بالتبني: يميز القانون المدني الفرنسي بين نوعين من التبني، تبني بسيط، تبني تام، وكلاهما لا يجوز اللجوء إلى البصمات الوراثية لإثبات عدم صحة هذا النسب بيولوجيا.

- التبني البسيط: هو الذي لا تنقطع فيه علاقة الولد بالمتبني مع عائلته الأصلية، والتي يظل معها محتفظا بكامل حقوقه ونسبه الأصلي[2]، وهذا ما أشارت إليه المادة 364 من القانون المدني على أن: "المتبني يظل ملتحقا بأسرته الأصلية، ويحتفظ فيها بكل حقوقه، ولا سيما حق الإرث، ويطبق عليه ما تقرر بالنسبة للزواج المحرم في المواد من 161 إلى 164".

- التبني التام: هو الذي يخول للمتبني نسبا جديدا بدلا من نسبه الأصلي[3]، وهذا ما أشارت إليه المادة 356 من القانون نفسه على أنه: "يخول التبني للمتبنى نسبا يحل محل نسبه الأصلي، لم يعد ينتسب إلى أسرته من الدم، لكن يظل تحريم الزواج الذي تنص عليه المواد من 161 إلى 164".

د- نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي: يميز القانون الفرنسي بين نوعين من الإنجاب المساعد طبيا، الأول يتم فيه التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، أمّا الثاني فيتم مع شخص آخر يتبرع بحيواناته المنوية، أو إذا كانت امرأة تتبرع ببويضاتها.

وفي حالة الإنجاب المساعد طبيا عن طريق تدخل شخص ثالث غريب عن الأسرة، تمنع المادة 311-19 من القانون المدني الفرنسي إقامة النسب بين الطفل الذي يولد نتيجة هذه العملية وبين الشخص المتبرع أي الأب البيولوجي أو الأم البيولوجية للطفل. فلا يستطيع الطفل بعد بلوغه أو أحد والديه أن يرفع دعوى إثبات نسب الطفل من الشخص المتبرع الذي ساعد الزوجين على الإنجاب.

ولكن تنص المادة 311-20 من القانون المذكور صراحة على أن الأزواج أو الخلان الذين يلجأون، من أجل الإنجاب، إلى مساعدة طبية تقتضي تدخل شخص ثالث، يجب أن يعطوا بصورة

1- فواز صالح، المرجع السابق، ص217-218. الرفاعي، المرجع السابق، ص656-657.
2- فواز صالح، المرجع نفسه، ص217. الرفاعي، المرجع نفسه، ص657.
3- فواز صالح، المرجع نفسه، ص217. الرفاعي، المرجع نفسه، ص657.

مسبقة موافقتهم، ضمن شروط تضمن السرية، أمام القاضي أو الكاتب بالعدل الذي يجب أن يحيطهم علما بالنتائج التي تترتب على تصرفهم هذا من ناحية النسب. وتمنع هذه الموافقة فيما بعد من رفع أية دعوى تهدف إلى إنكار النسب، إلا إذا اثبت أن الطفل لم يولد نتيجة هذه العملية المساعدة طبيا، أو أن الرضا كان غير منتج لآثاره، كما لو توفي أحد الزوجين قبل إجراء العملية، أو حصل الطلاق بين الزوجين.

إذًا في هذه الحال لا يمكن إثبات النسب البيولوجي للطفل، وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية في مثل هذه الفرضية[1].

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمة الوراثية

من خلال النظر إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مسألة إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمة الوراثية يتبين للباحث أن القوانين الوضعية العربية والغربية تتوافق مع المذهب القائل بجواز إعمال البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه إلاّ أنها تختلف عن الفقه الإسلامي في نقاط، فالمشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وهذا ما نص عليه في المادة 40 من قانون الأسرة، إلا أنه جعلها وسيلة احتياطية يرجع إليها عند انعدام الطرق الشرعية والمتمثلة في الفراش، أو البينة أو الإقرار، هذا بخلاف المشرع التونسي الذي ساوى بين طرق إثبات النسب، حيث نص على أنه يتم إسناد لقب الأب للطفل بالإقرار، أو بشهادة الشهود، أو بواسطة التحليل الجيني، وهذا بخلاف ما ذهب إليه الفقهاء، وقد بينت هذا الأمر في الفصل الثاني من الباب الأول في المبحث الأخير على أنه لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على الفراش، أو الإقرار، أو البينة[2].

أمّا المشرع الفرنسي قد أجاز العمل بالبصمات الوراثية في مجال إثبات النسب المتنازع عليه شريطة أن يكون في نطاق دعوى قضائية مما قيّد حرية الإثبات عن طريق البصمات الوراثية إلا أنه ميز الحالات التي يجوز الرجوع فيها إلى الاختبارات الوراثية لتحديد البصمات بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، ففي النسب الشرعي اعتبر البصمة الوراثية قرينة قطعية تقدم حتى على قرينة الفراش، وهذا ما أشار إليه

1- فواز صالح، المرجع السابق، ص216.

2- ينظر: ص 145 من هذا البحث.

في الفقرة الأولى من المادة 312 من القانون المدني الفرنسي، وهذا مخالف للفقه الإسلامي الذي يعتبر أن النسب الثابت بالفراش لا يجوز نفيه بأي وسيلة إلاّ باللعان.

وأمّا في النسب الطبيعي فقد أجاز المشرع الفرنسي إثبات الأبوة الطبيعية خارج نطاق الزواج قضائيا، ويمكن إقامة بينة على ذلك بكافة وسائل الإثبات، شريطة أن يكون هناك قرائن وأدلة قوية مثل الشبه بين الطفل والأب المزعوم، وهو ما نصت عليه المادة 342 من القانون المدني الفرنسي، وهذا في الحقيقة له نوع من الصواب في الفقه الإسلامي الذي يجيز إثبات نسب ابن الزنا إذا ادعاه الزاني، وأثبت أبوته البيولوجية لهذا الطفل، وللمزيد من التفصيل فليراجع المبحث الموالي في إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أمّا الحالات التي منع المشرع الفرنسي إعمال البصمة الوراثية فيها للكشف عن الحقيقة البيولوجية كالتبني التام قد أبطله الفقه الإسلامي واعتبره منافيا للشريعة الإسلامية، وقد نص الله على ذلك في قوله: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ۝٤ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ﴾[1]، وقد حذر النبي –صلى الله عليه وسلم– منه، وبين الوعيد الشديد على من انتسب إلى غير أبيه، فقال: «**مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ**»[2].

وأما التلقيح الاصطناعي بين المرأة وصديقها هو نوع من الزنا، فسأرجعه إلى المبحث الثالث في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.

وأمّا إثبات النسب عن طريق شهادة الميلاد أو بالحيازة فقد وافق الفقه الإسلامي؛ باعتبار أنه يشبه الإقرار الذي عبر عنه بالاستلحاق.

1- سورة الأحزاب، الآية: 4-5.

2- سبق تخريجه، ينظر: ص50.

المبحث الثاني: نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا

قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، مطلب أول تناولت فيه نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي، ومطلب ثان تناولت فيه نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا في القانون المقارن، ومطلب ثالث تناولت فيه المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات نسب ابن الزنا بالبصمة الوراثية.

المطلب الأول: نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حكم تنسيب ولد الزنا من الزاني إذا لم تكن الزانية فراشا ولا زوجة على قولين:

القول الأول: لا يثبت النسب بالزنا؛ أي: عدم إلحاق الولد بالزاني، سواء أقر به الزاني أم لم يقر به، وسواء أثبتت أم الولد أبوته البيولوجية بالبصمة الوراثية أو بغيرها من الوسائل أم لا، وهو قول جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة والظاهرية[1]، واستدلوا بالسنة النبوية والمعقول.

أولا: السنة النبوية

1- حديث عائشة -رضي الله عنها- «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[2].

وجه الدلالة من الحديث أنّ -عليه الصّلاة والسّلام- جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزّاني؛ إذ لا فراش له، حيث جعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- حظ الزاني الحجر فقط[3].

1- السرخسي، المصدر السابق، 154/17. الكاساني، المصدر السابق، 242/6-243. ابن رشد، المصدر السابق، 28/2. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د.ت.ط)، 344/2. ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق: حسان بن عبد المنان، ومحمود أحمد القيسية، مؤسسة النداء- أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، ط4: 2003م، 115/8.الرملي، المصدر السابق، 108/5. ابن قدامة، المصدر السابق، 345/6. ابن حزم، المصدر السابق، 334/8.

2- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

3- الكاساني، المصدر السابق، 242/6. السرخسي، المصدر السابق، 154/17.

2- عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه قال: «**إِنَّ النَّبِيَّ صلّى الله عليه وسلم قَضَى أَنَّ كُلَّ مُسْتَلْحَقٍ اسْتُلْحِقَ بَعْدَ أَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ ادَّعَاهُ وَرَثَتُهُ، فَقَضَى أَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أَمَةٍ يَمْلِكُهَا يَوْمَ أَصَابَهَا، فَقَدْ لَحِقَ بِمَنْ اسْتَلْحَقَهُ، وَلَيْسَ لَهُ مِمَّا قُسِمَ قَبْلَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْءٌ، وَمَا أَدْرَكَ مِنْ مِيرَاثٍ لَمْ يُقْسَمْ فَلَهُ نَصِيبُهُ، وَلَا يَلْحَقُ إِذَا كَانَ أَبُوهُ الَّذِي يُدْعَى لَهُ أَنْكَرَهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَمَةٍ لَمْ يَمْلِكْهَا، أَوْ مِنْ حُرَّةٍ عَاهَرَ بِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ وَلَا يَرِثُ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي يُدْعَى لَهُ هُوَ ادَّعَاهُ فَهُوَ وَلَدُ زِنْيَةٍ مِنْ حُرَّةٍ، كَانَ أَوْ أَمَةٍ**»[1].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي-صلى الله عليه وسلم- لم يثبت لولد الزنا الميراث لا يرث ولا يورث فدل ذلك أن النسب لا يثبت له؛ لأن من أسباب الميراث القرابة، وبالتالي أن ولد الزنا لا يلحق بالزاني.

ثانيا: المعقول

1- إن ماء الزنا هدر لا حرمة له، فلا يترتب عليه أثر[2].

2- لو أثبتنا النّسب بالزّنا ربّما يؤدّي إلى نسبة ولد إلى غير أبيه، وذلك حرام بالنّصّ حتّى إنّ في جانبها لما كان لا يؤدّي إلى هذا الاشتباه كان النّسب ثابتا، ولأنّ قطع النّسب شرعا لمعنى الزّجر عن الزّنا فإنّه إذا علم أنّ ماءه يضيع بالزّنا يتحرّز عن فعل الزّنا، وذلك يوجب إثبات الحرمة؛ لأنّ معنى الزّجر عن الزّنا به يحصل فإنّه إذا علم أنّه بسبب الحرام مرّة يفوته حلال كثير يمتنع من مباشرة الحرام فلهذا أثبتنا الحرمة[3].

3- إن ثبوت النسب نعمة، والجريمة لا تثبت النعمة، بل يستحق صاحبها النقمة، والزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخال من أي شبهة مسقطة الحد[4].

1- أخرجه أبو داود في سننه،كتاب الطلاق، باب في ادّعاء ولد الزّنا، رقم الحديث: [2265]، 279/2. إسناده حسن، ينظر: الألباني، صحيح أبي داود – الأم، 34/7.

2- جهاد أحمد حمد، المرجع سابق، ص74. سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص224. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص649.

3- السرخسي، المصدر السابق، 207/4.

4- أبو زهرة، المرجع السابق، ص388-389.

– مناقشة الأدلة: ويرد على أدلة الجمهور بما يلي:

– أما استدلالهم بحديث «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**» إذا كانت الزانية زوجة وصاحبة فراش، أمّا إذا لم تكن الزانية زوجة فإن الحديث لا يشملها، وفي هذا الصدد يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "ففي استلحاق الزّاني ولده إذا لم تكن المرأة فراشا قولان لأهل العلم، والنّبيّ –صلّى اللّه عليه وسلّم– قال: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**» فجعل الولد للفراش؛ دون العاهر فإذا لم تكن المرأة فراشا لم يتناوله الحديث"، كما أن إسحاق بن راهويه أوّل قول النّبيّ –صلّى اللّه عليه وسلّم– «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**» على أنّه حكم بذلك عند تنازع الزّاني وصاحب الفراش[1].

– أما حديث عمر بن شعيب فإن في إسناده مقال؛ لأنّه من رواية محمّد بن راشد المكحوليّ[2] [3].

– أمّا استدلالهم بالمعقول بأن ماء الزنا هدر لا يترتب عليه أثر فهذا غير صحيح، بل هو ماء تترتب عليه آثار شرعية متعددة منها: أنه يوجب الحد، ويثبت به تحريم المصاهرة، فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمّها وابنتها، وحرمة الرضاع عند جمهور الفقهاء، فلو أرضعت الزانية طفلا كان الزاني والده بالرضاع، ورتب عليه أيضا العدة للمزني بها على الراجح[4].

– وأمّا إثبات النّسب بالزّنا ربّما يؤدّي إلى نسبة ولد إلى غير أبيه، فهذا ولله الحمد فقد لعبت البصمة الوراثية دورا كبيرا في إثبات الأبوة بنسبة 99٪ تقريبا[5]، والحكم في هذه المسائل إذا دار الشيء بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب[6].

1– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 381/5.

2– **محمد بن راشد المكحولي**: هو محمد بن راشد المكحولي الخزاعي الدمشقي أبو عبد الله، قال ابن المبارك: صدوق اللسان، وأراه اتهم بالقدر، وقال أحمد عن أبي النضر عن شعبة: أما أنه صدوق ولكنه شيعي أو قدري وقال الساجي: صدوق إنما تكلموا فيه لموضع القدر لا غير وقال بن خراش: ضعيف الحديث. ينظر ترجمته في: ابن حجر، تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية– الهند،ط1: 1326هـ، 158/9–160.

3– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 383/5.

4– منير رياض حنا، المرجع السابق، ص657.

5– عمر السبيل، المرجع السابق، ص12–13.

6– الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر– بيروت، ط1: 2006م، 325/1.

– أمّا قطع النّسب عن الزاني يؤدي إلى زجره وإنزال العقوبة عليه، فهذا غير صحيح؛ لأن قطع النسب عنه يجعله يكرر جريمة الزنا فهو بذلك يدرك أن فعله هذا لا يترتب عليه أثر، ولهذا إن إثبات النسب له هو في الحقيقة عقوبة له حتى لا يتجرأ للزنا مرة أخرى؛ لأن إثبات النسب للزاني يوجب على الزاني واجبات كالنفقة، والرعاية، والتربية، وغيرها[1].

القول الثاني: يثبت النسب بالزنا؛ أي: إلحاق الولد بالزاني إن ادعاه، وهو قول عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وابن سيرين، وإبراهيم النخعي، والحسن البصري، وإسحاق بن راهويه، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية[2]، واستدلوا بالسنة النبوية والآثار، والقياس.

أولا: السنة النبوية والآثار

1– عن أبي هريرة –رضي الله عنه– عن النّبيّ –صلّى الله عليه وسلّم– قال: « **لَمْ يَتَكَلَّمْ فِي الْمَهْدِ إِلَّا ثَلَاثَةٌ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ، وَصَاحِبُ جُرَيْجٍ، وَكَانَ جُرَيْجٌ رَجُلًا عَابِدًا، فَاتَّخَذَ صَوْمَعَةً، ... فَتَذَاكَرَ بَنُو إِسْرَائِيلَ جُرَيْجًا وَعِبَادَتَهُ، وَكَانَتِ امْرَأَةٌ بَغِيٌّ يُتَمَثَّلُ بِحُسْنِهَا، فَقَالَتْ: إِنْ شِئْتُمْ لَأَفْتِنَنَّهُ لَكُمْ، قَالَ: فَتَعَرَّضَتْ لَهُ، فَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَيْهَا، فَأَتَتْ رَاعِيًا كَانَ يَأْوِي إِلَى صَوْمَعَتِهِ، فَأَمْكَنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا، فَوَقَعَ عَلَيْهَا فَحَمَلَتْ، فَلَمَّا وَلَدَتْ قَالَتْ: هُوَ مِنْ جُرَيْجٍ، فَأَتَوْهُ فَاسْتَنْزَلُوهُ وَهَدَمُوا صَوْمَعَتَهُ وَجَعَلُوا يَضْرِبُونَهُ فَقَالَ: مَا شَأْنُكُمْ؟ قَالُوا: زَنَيْتَ بِهَذِهِ الْبَغِيِّ، فَوَلَدَتْ مِنْكَ، فَقَالَ: أَيْنَ الصَّبِيُّ؟ فَجَاءُوا بِهِ، فَقَالَ: دَعُونِي حَتَّى أُصَلِّيَ، فَصَلَّى، فَلَمَّا انْصَرَفَ أَتَى الصَّبِيَّ فَطَعَنَ فِي بَطْنِهِ، وَقَالَ: يَا غُلَامُ مَنْ أَبُوكَ؟ قَالَ: فُلَانٌ الرَّاعِي»**[3].

وجه الدلالة من الحديث أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قد حكى عن جريج أنّه نسب ابن الزّنا للزّاني، وصدّق اللّه نسبته بما خرق له من العادة في نُطق الصّبيّ بالشّهادة له بذلك، وأخبر بها النّبيّ –صلّى اللّه عليه وسلّم– عن جريج في معرض المدح وإظهار كرامته، فكانت تلك النّسبة صحيحة

1– سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص225.

2– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 381/5. ابن قدامة، المصدر السابق، 345/6.

3– أخرجه مسلم، كتاب البرّ والصّلة والآداب، باب تقديم برّ الوالدين على التّطوّع بالصّلاة وغيرها، رقم الحديث: [2550]، 1976/4.

بتصديق اللّه تعالى وبإخبار النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم عن ذلك، فثبتت البُنُوّة وأحكامها[1]، وقال ابن قيم الجوزية: وهذا إنطاق من اللّه لا يُمكن فيه الكذب[2].

2- عن عائشة -رضي اللّه عنها- أنّها قالت: اختصم سعد بن أبي وقّاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقّاص، عهد إليّ أنّه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، وُلد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم- إلى شبهه، فرأى شبها بيّنا بعتبة، فقال: «**هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتَ زَمْعَةَ**»[3].

وجه الدلالة من الحديث أنّ النّبيّ -صلّى اللّه عليه وسلّم- أمر سودة بالاحتجاب عن الغلام، ولو كان أخاها لما أمرها بذلك.

3- من ذلك ما رواه مالك عن سليمان بن يسار: « **أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلاَدَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلاَمِ** »[4].

وجه الدلالة من الأثر أن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه- أثبت نسب ولد الزنا بالزاني عند الإقرار به.

ثانيا: القياس

قال ابن قيم الجوزية: " والقياس الصّحيح يقتضيه، فإنّ الأب أحد الزّانيين، وهو إذا كان يلحق بأمّه، وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النّسب بينه وبين أقارب أمّه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزّانيين، وقد اشتركا فيه، واتّفقا على أنّه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدّعه غيرُه"[5].

1- القرطبي، المصدر السابق، 85/5.
2- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 382/5.
3- سبق تخريجه، ينظر: ص156.
4- سبق تخريجه، ينظر: ص128.
5- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 381/5-382.

* **مناقشة الأدلة:** ويجاب على أدلة القول الثاني بما يلي:

– أمّا استدلالهم بحديث أبي هريرة في قصة الثلاثة الذين تكلموا في المهد بأنه استدلال شرع من قبلنا، وقد اختلف الأصوليون في حجية شرع من قبلنا[1].

– أما استدلالهم بقول النبي –صلى الله عليه وسلم– في ابن زمعة احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتَ زَمْعَةَ فقد أجيب عليه بأنّه أمرها بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط والورع والصّيانة لأمّهات المؤمنين من بعض المباحات مع الشّبهة وذلك لما رآه – صلّى اللّه عليه وسلّم – في الولد من الشّبه البيّن بعتبة بن أبي وقّاص[2].

– وأمّا استدلالهم بأنّ عمر بن الخطّاب كان يُليط أولاد الجاهليّة بمن ادّعاهم في الإسلام هذا صحيح، لكن فعل عمر كان خاصا في أولاد بغايا الجاهلية دون أولاد بغايا الإسلام، يقول ابن عبد البر: أمّا قوله: بأنّ عمر بن الخطّاب كان يُليط أولاد الجاهليّة بمن ادّعاهم في الإسلام فقد مضى القول أن هذا منه كان خاصا في ولادة الجاهلية، حيث لم يكن فراش، وأمّا في ولادة الإسلام فلا يجوز عند أحد من العلماء أن يلحق ولدا من زنا[3].

– أمّا استدلالهم بالقياس بأن الأب هو أحد الزانيين فهذا قياس مع الفارق؛ لأن النسب يثبت من الأم بالولادة وهي هنا متحققة، وبالتالي لا يوجد شك في كونها أمه، بخلاف النسب إلى الأب؛ لأن الزاني المستلحق يحتمل أنه أبوه، ويحتمل أنه ليس أباه؛ إذ ربما أن هذه الزانية زنت مع أكثر من شخص[4].

1– الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية– بيروت، ط2: 2003 م، ص63. الجويني البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1: 1997م، 189/1. الغزالي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1: 1993م، ص165. الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي– بيروت، (د.ت.ط)، 137/4. الطوفي شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة– بيروت،ط1: 1987م، 169/3.

2– الصنعاني، المصدر السابق، 218/3.

3– ابن عبد البر، الاستذكار، 125/8.

4– الغنام، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية (من أول باب الخلع إلى نهاية كتاب الإقرار)، كنوز إشبيليا– الرياض، ط1: 2009م، 187/9.

الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين ومناقشتها يتضح للباحث –والله أعلم– الراجح في المسألة هو القول الثاني في إلحاق ولد الزنا بالزاني إذا ادعاه بشرط أن يثبت أبوته بالبصمة الوراثية أو بغيرها من وسائل الإثبات الطبية والبيولوجية، كإجراء تحاليل الزمر الدموية بين الأب الزاني وابنه الذي ادعاه من الزنا؛ لقوله تعالى: ﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ﴾[1]، فالآية الكريمة تدعو بمنطوقها الانتساب إلى الأب الحقيقي، ولا شك أن البصمة الوراثية وسيلة توصلنا إلى إثبات نسب ابن الزنا بأبيه الزاني.

إن الشريعة الإسلامية تتشوف لإثبات النسب، لذا فإنه يثبت بأيسر الطرق، وإذا ما تأمّلنا في أصول الشّريعة وقواعدها، وما اشتملت عليه من المصالح ودرء المفاسد، فدفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما، يتبيّن لنا أن عدم إلحاق الولد بأبيه الزاني يؤدي إلى يُتمه وتشرده، فينجم عن ذلك مفسدة أكبر من إلحاقه بأبيه، وعليه فإن إثبات نسب الولد بأبيه الزاني فيه مصلحة كبيرة للولد، فيحصل بذلك على النفقة والرعاية الكاملة، كما أنه يدرأ عنه العار، ويُحافَظ على شرفه، وبهذا يتحقق إعمال القاعدة الفقهية "**الغرم بالغنم**"[2]، فالزاني يغرّم بالإنفاق والرعاية الكاملة في مقابلة الغنم الذي حصل عليه من اللذة والاستمتاع المحرم.

من الثابت أن ولد الزنا يلحق بالمرأة الزانية لفعل النبي–صلى الله عليه وسلم– مع ابن الملاعنة وابن الغامدية، ولقوله تعالى: ﴿إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ ﴾[3]، ...ذلك أن النسب يثبت بجانب الأم بالولادة، مما لا يحتمل الشك بخلاف الأب، فإن وطأه لها مظنة الحمل وعدمه، وقد علمنا الأب قطعا بالبصمة الوراثية فإنه ينطبق عليه الحكم، ونلحق به الولد قياسا على الأم بجامع معرفة كلا الأبوين[4].

يرخص للزاني وغيره أن يستلحق من الأطفال ما شاء بمجرد الإقرار أو الادعاء أنه منه دون استفصال عن حقيقة العلاقة التي جاء منها الولد كما ذهب إلى ذلك أكثر أهل العلم؛ لأنه نفع

1– سورة الأحزاب، الآية: 3.

2– الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 543/1.

3– سورة المجادلة، الآية: 2.

4– الرفاعي، المرجع السابق، ص688.

محض للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه، فقبل كما لو أقر له بمال، فلماذا لا نعلنها صراحة في تنسيب ولد الزنا من صاحب الماء، مع تأكيد ضرورة إقامة حد الله تعالى على كل مخطئ[1].

الفرع الثاني: نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا في القانون المقارن

نلاحظ أن غالبية قوانين الأحوال الشخصية العربية استمدت أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، حيث أخذت بمذهب الجمهور الذي يرى بعدم إلحاق الولد بأبيه الزاني[2]، لكن المشرع التونسي قضى بجواز إسناد لقب الأب للطفل مجهول النسب الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل، وهو ما نص عليه الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية التونسية الصادر بتاريخ: 28-10-1998م بقوله: "على الأم الحاضنة لابنها القاصر ومجهول النسب أن تسند له اسما ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويمكن للمعني بالأمر أو للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل".

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع التونسي قد حدد وسائل إثبات البنوة غير الشرعية بثلاثة طرق هي الإقرار، وشهادة الشهود، والتحليل الجيني، لكن بالنسبة للإقرار وشهادة الشهود تركهما مبهمين، ولم يحدد لهما الكيفية ولا الصفة التي تكون سببا في إثبات البنوة غير الشرعية، فبالنسبة للإقرار لم يضع المشرع التونسي حلا عند تعارض الإقرارات ببنوة هذا الطفل، بحيث لو كانت المرأة على علاقة غير مشروعة بأكثر من رجل، وكل منهم يدعي أبوته للطفل، فهل يعتمد الترتيب الزمني، ويؤخذ بالإقرار الأول في هذه المسألة ؟ مع أنه ليس بالضرورة أن يكون الطفل من

1- بلبشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، إشراف: بلنوار مليكة، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية- جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013م، ص104-105.

2- ينظر: نص المادة 41 و42 و43 من قانون الأسرة الجزائري، ونص المادة 169 و172 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ونص المادة 85 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية ونص المادة 157 و158 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص 120-122.

المقر الأول، فكان ينبغي على المشرع أن يحيل أو يشير إلى اللجوء إلى التحليل الجيني كوسيلة مرجحة لحسم الخلاف بين المدعين[1]، أما بالنسبة لشهادة الشهود المثبتة للبنوة غير الشرعية فيلاحظ أن المشرع لم يحدد لها نصابا معينا خلافا لما نص عليه في الفصل 68 من نفس القانون بشأن إثبات البنوة الشرعية؛ حيث اشترط شهادة شاهدين من أهل الثقة، الأمر الذي يمكن تفسيره بأن نية المشرع تتجه هنا إلى اعتبار شهادة الواحد كافية لإثبات النسب الطبيعي[2].

من خلال ما سبق يمكن القول بأن المشرع التونسي قد أثبت نسب مجهولي النسب وأبناء الزنا بآبائهم البيولوجيين عن طريق التحليل الجيني خاصة في ظل انعدام البينة والإقرار، بل يجوز اللجوء إلى الاختبارات الجينية قبل البينة والإقرار؛ لأن الوسائل الواردة في المادة السابقة ليست واردة على سبيل الترتيب وإنما على سبيل الذكر[3].

أمّا بالنسبة للتشريعات الأجنبية نلاحظ على سبيل المثال المشرع الفرنسي فإنه أجاز إثبات البنوة الطبيعية والاعتراف بها في المادة 334 من القانون المدني الصادر بتاريخ 03-01-1972م ؛ حيث نص على أن: الاعتراف بالولد الطبيعي يكون بشهادة محرر صحيحة إذا لم يكن هذا الاعتراف في شهادة الميلاد، كما أجاز المشرع الفرنسي إثبات الأبوة الطبيعية خارج نطاق الزواج قضائيا بكافة وسائل الإثبات شريطة أن يكون هناك قرائن وأدلة قوية مثل الشبه بين الطفل والأب المزعوم ووقائع القضية، وهذا ما نصت علية المادة 342 من القانون المدني الفرنسي، كما كرّس المشرع الفرنسي ذلك في القانون المدني الجديد الصادر بتاريخ 29-07-1994م، حيث أجاز بموجب المادة (16-11) إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمات الوراثية، سواء كان نسبا شرعيا أو طبيعيا، شريطة أن يتم ذلك بموافقة الأطراف ومن خلال دعوى قضائية تهدف لإثبات النسب الطبيعي.

1- الرفاعي، المرجع السابق، ص681.
2- المرجع نفسه، ص681.
3- المرجع نفسه، ص681.

الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات نسب ابن الزنا بالبصمة الوراثية

من خلال النظر إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن في مسألة إثبات نسب ولد الزنا لأبيه الزاني يتبين للباحث أن ما ذهب إليه المشرعان التونسي والفرنسي يتفق مع ما قال به ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية في جواز إلحاق ولد الزنا بأبيه الزاني إذا ادعاه، أو أثبت أبوته بالتحيل الجيني.

وما ينبغي التنبيه عليه هو أن المشرع التونسي لم يبين وضعية الطفل المولود لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج، وهذا ما نص عليه في الفصل 68 من قانون الأحوال الشخصية التونسية الصادر بتاريخ: 28-10-1998م على أن: "النسب يثبت بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة"، وهذا مخالف لما نص عليه في الفصل 71 من قانون الأحوال الشخصية التونسي لسنة 1956م: "إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج -سواء كان صحيحا أو فاسد- يثبت نسب المولود من الزوج"، وهذا ما يلاحظ على أن المشرع التونسي في الفصل 68 من قانون الأحوال الشخصية التونسية الصادر بتاريخ: 28-10-1998م لم يحدد أقل مدة الحمل التي يثبت فيها نسب المولود لأبيه.

ولعل سكوت المشرع التونسي - في قانون الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ: 28-10-1998م- عن وضعية الطفل المولود لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج يرجع إلى أنه يريد أن يعطي الحلول الملائمة للأطفال المجهولين، فقد أقر إثبات نسب هؤلاء من آبائهم البيولوجيين، ونص على جواز إثبات ذلك بوسيلة طبية حديثة هي التحليل الجيني، مما يلاحظ أن إقرار المشرع التونسي بذلك يصبح من باب أولى إثبات نسب الطفل المولود حال قيام الرابطة الزوجية بين والديه بغض النظر عن العلاقة التي كانت تربط والدته بوالده أثناء فترة الحمل، وهو الحل الذي أخذ به المشرع الفرنسي منذ عام 1972م[1]، حيث نص في المادة 312 من القانون المدني على أن: الحمل أثناء الزواج يلحق بالزوج، ومع هذا يستطيع الزوج أن ينفيه إذا أثبت أنه من يوم القانون وحتى مائة وثمانين يوما قبل مولد هذا الطفل كان في مكان بعيد أو كان مصابا في حادث سبّبّ عجزا له في اتصاله بزوجته.

1- La loi no 72-03 du 03 janvier 1972, www.legifrance.gouv.fr

وبموجب هذا النص فإن الطفل يكتسب الشرعية ويلحق بالزوج طالما كانت الزوجية بين الزوجين لا تزال قائمة بغض النظر عن المدة اللاحقة لتاريخ عقد الزواج، مع إعطاء الزوج حق نفيه عنه إذا أثبت أنه كان بعيدا أو أنه لم يتصل جنسيا بزوجته من يوم العقد، وحتى مائة وثمانين يوما قبل مولد هذا الطفل[1].

1- الرفاعي، المرجع السابق، ص668.

المبحث الثالث: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

توطئة:

إن كل إنسان مجبول على أن يرزقه الله الولد، وقد بين الله سبحانه وتعالى حب هذه الفطرة في نبيه زكرياء بقوله: ﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴾[1]، كما أن الأولاد زينة الحياة الدنيا، وقد بين الله سبحانه وتعالى هذا في قوله: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا ﴾[2]، وحتى يتحقق هذا الأمر فقد شرع الله عز وجل النكاح باعتباره الوسيلة التي يحصل بها الإنجاب، وقد بيّن رسولنا عليه أفضل الصلاة والسلام الغاية من الزواج في قوله: « **تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ، إِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأَنْبِيَاءَ يَوْمَ القِيَامَةِ** »[3].

ولا شك أن العقم لا يحقق هذا المقصد العظيم وهو إكثار النسل، لكن ما نلاحظه في العصر الحاضر أن التقدم العلمي في مجال التلقيح الاصطناعي قد قضى على نسبة كبيرة من مشكلة الإنجاب، وقد أجريت أول عملية تلقيح سنة1780م من قبل الكاهن الإيطالي Lizdad Sepala Nazali الأخصائي بعلم الغرائز، إذ أجرى أول عملية على أنثى الكلب فكللت التجربة بالنجاح.

وفي سنة 1781م أجريت أول عملية على امرأة تكللت هي الأخرى بالنجاح، بينما يرى جانب من الفقه أن أول تلقيح صناعي قد قام به Hunte سنة 1799م، ففي هذه التجربة كان الأمر فيها يتعلق بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالزوج، وأن العملية قد تمت بمني هذا الأخير، وكان هذا أول تلقيح بواسطة الغير قد تم سنة 1884م[4]، ثم أصبح يمارس على نطاق واسع خارج

1- سورة آل عمران، الآية: 38.

2- سورة الكهف، الآية: 46.

3- أخرجه أحمد في مسنده عن أنس بن مالك في مسنده، مسند أنس بن مالك –رضي الله عنه–، رقم الحديث: [13569]، 191/21-192. وأخرجه البيهقي في سننه، باب استحباب التّزوّج بالودود الولود، رقم الحديث: [13476]، 131/7. وفي الزوائد: إسناده حسن، ينظر: الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي- القاهرة، (د.ط)، ط: 1994م، 258/4. وصححه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل مرجع سابق، 195/6.

4- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ط1: 2001م، ص39.

العالم الإسلامي، ووفد إلى ديار المسلمين مع ما يفيد يوميا من إنجازات وتقنيات علمية، خصوصا أن نسبة النساء اللاتي يعانين من العقم في العالم الإسلامي قدرت سنة 1408هـ بحوالي تسع وعشرين مليون امرأة[1].

هذا الأمر يطرح إشكالا رئيسيا وهو هـل يعتبر التلقيح الاصطناعي طريقا من طرق إثبات النسب أم لا؟، وبعبارة أخرى هل التلقيح الاصطناعي ينزل منزلة الفراش في إثبات النسب أم لا؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، مطلب أول تناولت فيه تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه، ومطلب ثان تناولت فيه موقف الفقه الإسلامي في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي، ومطلب ثالث تناولت فيه إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن، ومطلب رابع تناولت فيه المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي.

1- الشويخ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله، أحكام التلقيح غير الطبيعي <أطفال الأنابيب>، كنوز اشبيليا- الرياض، ط1: 2009م، ص5-6.

المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي (Insémination artificielle - Artificial insemination)

يعرف التلقيح الاصطناعي باعتبارين، باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة التلقيح، وكلمة الاصطناعي، وباعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة التلقيح، وكلمة الاصطناعي

1- تعريف التلقيح لغة واصطلاحا:

أ- تعريف التلقيح لغة: التلقيح من من لقح، وهو اللِّقاحُ: اسْمُ مَاءِ الفحل من الإبل والخيل؛ وأصل اللَّقاح للإبل ثمّ اسْتُعير في النّساء، فيقال: لَقِحت؛ إذا حمَلت، ويقال: لقحت النّاقة ونحوها لقحا ولقاحا قبلت ماء الفحل، فهي لاقح، ويقال: لقَّح النّخلة تَلقيحا وأَلقحها، والملاقِح الفُحُولُ، وهي أيضا الإناث التي في بطونها أولادُها، والملاقيح: هي ما في بطون النّوق من الأجنّة، والتلقيح: التزاوج، وهو التخصيب[1].

ب- تعريف التلقيح اصطلاحا: هو التقاء الحيوان المنوي بالبييضة داخل جسم الأنثى، ويكون ذلك عادة في الثلث الأعلى من قناة المبيض[2].

2- تعريف الاصطناعي لغة واصطلاحا:

أ- تعريف الاصطناعي لغة: الصناعي من صنع، صَنَعَه، يَصْنَعُه، صُنْعاً، فهو مصنوع وصُنْعٌ: عَمِلَه، وقوله تعالى: ﴿صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ شَىْءٍ﴾[3]، والاسم الصّناعة، وهي الحرفة، والفاعل صانع، والجمع صُنّاع، والصَّنعة عمل الصَّانع، والصّانع: من يصنع بيديه ومن يحترف الصّناعة، يقال امرأة صَنَاع اليديْن؛ أي: حاذقة ماهرة بعمل اليَديْن، ورجل صنيع اليدين، وصِنْع اليدين أيضا بكسر الصاد؛ أي:

1- الجوهري، المصدر السابق، 1/246-247. ابن منظور، المصدر السابق، 13/219-221. الفيومي، المصدر السابق، ص336-337. قلعجي، المرجع السابق، ص145.

2- الرملاوي، المرجع السابق، ص48.

3- سورة النمل، الآية: 88.

حاذق، والاصطِناع: افتعال من الصنيعة وهي العطية والكرامة والإحسان، ويقال: اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما[1].

ب- تعريف الاصطناعي اصطلاحا: هو ما يقابل الطبيعي الذي هو الجماع[2].

ثانيا: تعريف التلقيح الاصطناعي باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا

تعددت تعريفات مصطلح التلقيح الاصطناعي، وهي في الحقيقة تهدف إلى معنى واحد، من أهمها:

1- هو استدخال المني لرحم المرأة بدون جماع[3].

2- هو عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بييضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي[4].

3- هو التقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة بطريقة صناعية؛ أي: دون الاتصال الجنسي المباشر، قصد التوليد[5].

4- يراد به عدة عمليات مختلفة، يتم بموجبها إخصاب البييضة بحيوان منوي، وذلك بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي[6].

5- هو أن يكون تلقيح بويضة المرأة بنطفة الرجل بغير جماع، سواء كان ذلك بطريقة طبية أو غير طبية[7].

6- هو كل طريقة يتم الحصول بها على ولد بمساعدة طبية دون علاقة جنسية[8].

1- الجوهري، المصدر السابق، 3/765-766، ابن منظور، المصدر السابق، 8/291-293.

2- إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي- الرياض، ط1: 1429هـ، ص390.

3- الزحيلي، الفقه الإسلاميّ وأدلّته، 4/2649.

4- حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق، قسم القانون المدني- جامعة عين شمس- القاهرة، إشراف: د/ فيصل ذكي عبد الواحد، ود/ محمد علي محجوب، 2006م، ص119. نقلا عن: زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى عين ميلة- الجزائر، (د.ط)، ط: 2010م، ص15.

5- شلتوت محمود، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق-القاهرة، ط18: 2001م، ص326.

6- السنابطي عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة، دار النهضة العربية- القاهرة، ط:2001م، ص59. نقلا عن: زبيدة إقروفة، المرجع نفسه، ص14.

7- الشويخ، المرجع السابق، ص41.

8- Charli Lessard et Nathalie Parent, technique de la procréation assistée, Fédération du Québec pour le planning des naissances, (S.D.I), P 03

الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي

يتنوع التلقيح الاصطناعي إلى نوعين هما: تلقيح داخلي، وتلقيح خارجي.

أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي: – (Insémination artificielle interne – Internal artificial insemination)

1- **تعريف التلقيح الاصطناعي الداخلي**: تعددت تعريفات مصطلح التلقيح الاصطناعي الداخلي، وهي في الحقيقة تهدف إلى معنى واحد، من أهمها:

أ– هو إدخال مني الزوج إلى داخل رحم المرأة بواسطة وسائل طبية معينة[1].

ب– هو استدخال المني لرحم المرأة بدون جماع[2].

ت– هو حقن نطفة الرجل في الموضع المناسب من رحم المرأة، وقد عرف هذا الضرب من التلقيح لدى الفقهاء الأقدمين باسم الاستدخال، وهو حقن ماء الرجل في قبل المرأة [3].

ث– هو مجموعة من الأعمال الطبية التي تتم عن طريق إدخال مني الزوج في الموضع المعد له عند الزوجة، بغية الإنجاب، وذلك لضرورة علاجية وبضوابط لابد من توافرها[4].

2- **صور التلقيح الاصطناعي الداخلي:**

أ– الإخصاب بحيوانات الرجل المنوية أثناء حياة الزوج.

ب– الإخصاب بحيوانات الرجل المنوية بعد وفاة الزوج، ولها حالتان:

ب1– الإخصاب يتم أثناء عدة المرأة المتوفى عنها زوجها.

ب2– الإخصاب يتم بعد انقضاء عدة المرأة المتوفى عنها زوجها.

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تقديم: عبد العزيز الخياط، دار البيارق- بيروت، ط1: 1996م، ص53.

2- الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 2649/4.

3- الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 404/12-405. بكر أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، ط1: 1996م، 254/1. كنعان، المرجع السابق، ص190.

4- فرج محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية، ط1: 2012م، ص93.

ت- الإخصاب بحيوانات متبرع منوية ليس بينه وبين المرأة رابطة زوجية[1].

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي: - (Insémination artificielle externe External artificial insemination)

1- تعريف التلقيح الاصطناعي الخارجي: تعددت تعريفات مصطلح التلقيح الاصطناعي الخارجي، وهي في الحقيقة تهدف إلى معنى واحد، من أهمها:

أ- هو جمع الحيوان المنوي مع البييضة خارج الرحم في أوان مخبرية[2].

ب- هو أخذ بييضة المرأة وتلقيحها بمني الرجل خارج الجسد في أنبوب أو طبق، وذلك بوسيلة طبية

معينة، وبعد أن يتم تكوين البييضة الملقحة تنتقل إلى داخل الرحم، وتزرع في جداره ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور[3].

ت- هو الذي يتم فيه تخصيب البييضة من المرأة خارج جهازها التناسلي، ويتم التخصيب بماء الذكر، فإذا ما تم التخصيب أعيدت البييضات الملقحة إلى رحم المرأة صححبة البييضة، أو رحم امرأة أخرى[4].

ث- هو ما يعرف بطريقة طفل الأنابيب، وفيها تلقح بيضة المرأة بنطفة الرجل في أنبوب الاختبار خارج الرحم حتى إذا بدأت الانقسام والتكاثر أخذت فزرعت في الرحم[5].

ج- هو مجموعة من الأعمال الطبية الهادفة إلى إخصاب البييضة خارج الرحم في وسط مماثل للأخير وإعادتها إليه بشروط[6].

1- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص77.

2- المرجع نفسه، ص53.

3- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية- الإسكندرية، ط1: 2001م، ص61.

4- أحمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ط1: 2009م، ص113.

5- كنعان، المرجع السابق، ص190.

6- فرج محمد سالم، المرجع السابق، ص472.

2- صور التلقيح الاصطناعي الخارجي:

أ- تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم زوجته.

ب- تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

ت- تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من متبرع، ويتم زرع اللقيحة في رحم زوجته.

ث- تكون البيضة من متبرعة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم زوجته.

ج- تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

ح- تكون البيضة من متبرعة والحيوان المنوي من متبرع، ويتم زرع اللقيحة في رحم الزوجة[1].

خ- تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج المتوفى أثناء العدة، والحمل في رحم زوجته[2].

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

الفرع الأول: إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي الداخلي

التلقيح الاصطناعي الداخلي لا يخلو في جميع صوره من حالتين، حالة الإخصاب بماء الزوج، وحالة الإخصاب بماء غير الزوج؛ أي: بماء أجنبي، وعليه نبين موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب في هاتين الحالتين.

الحالة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء الزوج:

التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء الزوج يثبت به النسب في حال قيام الزوجية وذلك للأدلة الآتية:

1- أن الولد الحاصل بالوطء ثبت نسبه بأبيه، فكذلك الولد الحاصل بالتلقيح الاصطناعي الداخلي يثبت نسبه بأبيه الذي خلق من مائه؛ لكون كل منهما متخلق من ماء الزوج فوجب اتحادهما

1- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص78.

2- المرجع نفسه، ص78.

في الحكم بثبوت النسب، وهذا القياس شهدت نصوص الشرع بصحته، فقد قال النبي –صلى الله عليه وسلم–«**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[1]، فدلّ عموم الحديث على ثبوت النسب للمولود الذي تخلق من ماء الزوج صاحب الفراش سواء تكوّن بواسطة الوطء كما في التلقيح الطبيعي، أو بالاستدخال كما في التلقيح غير الطبيعي[2].

2- إن من مقاصد الشريعة الإسلامية إبقاء النسل وحفظه، وهذا لا يتحقق إلا بالزواج الذي يتم في الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، وحيث تعذر ذلك فإنه يلجأ إلى استعمال وسيلة الإخصاب الطبي المساعد الداخلي لتحقيق هذا المقصد العظيم[3].

3- أن لكل مولود بأبيه صلة، تكوين ووراثة، وأصل ذلك الحيوان المنوي فيه، وله بأمه صلتان، **الأولى**: تكوين ووراثة، وأصلها البيضة منها.
والثانية: صلة حمل وولادة وحضانة، وأصلها الرحم منها[4].

وخلاصة القول يجوز التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء الزوج عند الضرورة، وهذا هو الرأي الذي أخذته دار الإفتاء المصرية، ويشترط أن يتم التأكد من أن المني هو من الزوج ولم يختلط أو يستبدل سواء بطريق العمد أو الخطأ أو السهو بمني غيره ويكون التأكد من عدم إمكان حدوث الخطأ باتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بمنع الخطأ منعا باتا، وبهذا أيضا أخذت دار الإفتاء العام في الأردن فأباحت هذه العملية للضرورة وبشروط وقواعد تضمن سلامة الأنساب، واشترطت وجود رقابة شديدة على من يقوم بالعملية، وأن تتم العملية على أيدي أطباء ثقات عدول، وفي هذه الحالة لا يتنافى الأمر مع مقاصد الشريعة ولا مع أحكامها، وهو من الأمور المباحة على هذا الوجه[5]، وأصدر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 28 ربيع الآخر إلى 7 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق لـ 19 -28 يناير 1985م أن الأسلوب الذي تؤخذ

1- سبق تخريجه، ينظر: ص156.
2- الشويرخ، المرجع السابق، ص68-69.
3- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص84-85.
4- بكر أبو زيد، فقه النوازل –قضايا فقهية معاصرة–، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط1: 2009م، 247/1.
5- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص79.

فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي هو أسلوب جائز شرعا، إذا تثبت حاجة المرأة لهذه العملية لأجل الحمل، وبالتالي أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري البذرتين[1].

الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء غير الزوج:

لا شك أن التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء غير الزوج محرما قطعا عند فقهاء الإسلام المعاصرين[2]، واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول:

1- الكتاب:

أ- قال تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ وَقَدِّمُوا۟ لِأَنفُسِكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّكُم مُّلَٰقُوهُ ۗ وَبَشِّرِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[3].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى سمى الزوجة حرثا للرجل، ومن ثم فإن كل ما تحمل به لابد وأن يكون نتيجة الصلة المشروعة بين الزوجين سواء أكان باختلاط أعضاء التناسل بالطريق المعتاد أم بطريق الاستدخال، ويتخلق وينشأ كما قال سبحانه: ﴿يَخْلُقُكُمْ فِى بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ خَلْقًا مِّنۢ بَعْدِ خَلْقٍ فِى ظُلُمَٰتٍ ثَلَٰثٍ ۚ ذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبُّكُمْ لَهُ ٱلْمُلْكُ ۖ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ۖ فَأَنَّىٰ تُصْرَفُونَ﴾[4][5].

ب- قال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾[6]، وقال أيضا: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ۚ﴾[7].

1- القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، المجمع الفقهي الإسلامي- رابطة العالم الإسلامي، ص166-167.

2- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة-القاهرة، ط22: 1997م، ص200. محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص89. فرج سالم، المرجع السابق، ص222.

3- سورة البقرة، الآية: 223.

4- سورة الزمر، الآية: 6.

5- فرج سالم، المرجع السابق، ص222 .

6- سورة البقرة، الآية: 233.

7- سورة الأحزاب، الآية: 5.

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين أن الأب هو المولود له؛ أي: الزوج الذي يخلق المولود من مائه، فهو صاحب النسب الذي ينسب الولد له، والتلقيح بهذه الصورة فيه خلط للأنساب، فقد نسب المولود هنا للزوج رغم أنه لم يخلق من مائه[1].

2- السنة النبوية:

إن هذه الصورة- التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء غير الزوج- تشبه ما كان يعرف في الجاهلية بنكاح الاستبضاع، وهو محرم في الإسلام[2]، فعن عروة بن الزّبير أنّ عائشة، زوج النّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- أخبرته: «**أَنَّ النِّكَاحَ فِي الجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ: فَنِكَاحٌ مِنْهَا نِكَاحُ النَّاسِ اليَوْمَ: يَخْطُبُ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَلِيَّتَهُ أَوِ ابْنَتَهُ، فَيُصْدِقُهَا ثُمَّ يَنْكِحُهَا، وَنِكَاحٌ آخَرُ: كَانَ الرَّجُلُ يَقُولُ لِامْرَأَتِهِ إِذَا طَهُرَتْ مِنْ طَمْثِهَا: أَرْسِلِي إِلَى فُلاَنٍ فَاسْتَبْضِعِي مِنْهُ، وَيَعْتَزِلُهَا زَوْجُهَا وَلاَ يَمَسُّهَا أَبَدًا، حَتَّى يَتَبَيَّنَ حَمْلُهَا مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ الَّذِي تَسْتَبْضِعُ مِنْهُ، فَإِذَا تَبَيَّنَ حَمْلُهَا أَصَابَهَا زَوْجُهَا إِذَا أَحَبَّ، وَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ رَغْبَةً فِي نَجَابَةِ الوَلَدِ، فَكَانَ هَذَا النِّكَاحُ نِكَاحَ الِاسْتِبْضَاعِ. ... فَلَمَّا بُعِثَ مُحَمَّدٌ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالحَقِّ، هَدَمَ نِكَاحَ الجَاهِلِيَّةِ كُلَّهُ إِلَّا نِكَاحَ النَّاسِ اليَوْمَ**»[3].

3- المعقول: إن الله -سبحانه وتعالى- إذا حرّم شيئا حرّم الوسائل المفضية إليه حتى لا تكون ذريعة للتلبس بالمحرم، وقد حرم الله تعالى الحمل والإنجاب بغير الطريق المشروع، ومن ثم تحرم كافة الوسائل المؤدية إلى الحمل بين غير الأزواج[4].

من خلال ما سبق فإن التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء غير الزوج يثبت نسب المولود للزوج سواء علم أو لم يعلم؛ لأن الولد ولد على فراش الزوجية، والدليل في ذلك قوله -صلى الله عليه وسلم-: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[5].

1- الزرقاء، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، والرأي الشرعي فيهما، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الثالثة، والمنعقدة في ربيع الآخر 1980م، ص24. نقلا عن محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص90.

2- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص90.

3- أخرجه البخاري، كتاب النّكاح، باب من قال: لا نكاح إلّا بوليّ، رقم الحديث: [5127]، 3/369-370.

4- فرج سالم، المرجع السابق، ص223.

5- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

وإذا ما تأمّلنا في أصول الشّريعة وقواعدها، وما اشتملت عليه من المصالح ودرء المفاسد، فدفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما، يتبيّن لنا أن عدم إلحاق الولد بالزوج يؤدي إلى يُتمه وتشرّده، فينجم عن ذلك مفسدة أكبر من إلحاقه بالزوج، وعليه فإن نسب المولود يثبت للزوج فيه مصلحة كبيرة للولد، فيحصل بذلك على النفقة والرعاية الكاملة، لكن إذا علم الزوج أن التلقيح قد تم بغير مائه —سواء كان هذا التلقيح عمدا أو خطأ– وهو غير راض بذلك، فإنه لا يمكن له أن ينفي الولد عنه إلاّ باللعان، كما يمكن له أن يستعين بالوسائل الطبية لنفي الولد عنه كاستعمال تقنية البصمة الوراثية؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تبنى أحكامها على مخالفة الحس والواقع؛ إذ أن الأصل في الأمور العلمية إذا كانت قطعية الدلالة التي لا تخالف الحس والعقل والواقع لا يمكن أن تتعارض مع الشرع الصحيح، وفي هذا الصدد يقول ابن تيمية: "إنّ الأدلّة الصّحيحة لا تتناقض الأدلّة الصّحيحة العقليّة والشّرعيّة، ولا تتناقض دلالة القياس إذا كانت صحيحة، ودلالة الخطاب إذا كانت صحيحة، فإنّ القياس الصّحيح حقيقة التّسوية بين المتماثلين، وهذا هو العدل الّذي أنزل اللّه به الكتاب وأرسل به الرّسل والرّسول لا يأمر بخلاف العدل"[1].

الفرع الثاني: إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي الخارجي

ويقصد به الحالة التي يتم التلقيح فيها بين مني الرجل وبويضة الأنثى في وسط خارج الرحم كأنبوب اختبار أو أي وعاء مخبري، وبعد أن يحدث الانقسام المناسب بعد اجتماع الحيوان المنوي بالبيضة، تعاد اللقيحة هذه إلى رحم المرأة، سواء صاحبة البييضة أم غيرها، وخارجيا؛ لأن التلقيح يتم خارج الرحم، وسميت هذه الحالة بطفل الأنبوب؛ لأن التلقيح يتم في أنبوب اختبار[2]، وعليه من خلال هذه الديباجة يمكن أن نطرح إشكالا ما موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي الخارجي؟

يجاب على هذا الإشكال من خلال معرفة الحكم الشرعي في إثبات النسب لكل صورة من صور التلقيح الاصطناعي الخارجي.

الصورة الأولى: تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم زوجته.

1- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 332/22.

2- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص86.

ذهب غالبية العلماء المعاصرين إلى إثبات النسب بهذه الصورة[1]؛ أي: إن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدري الماءين، فينسب إلى أبيه الزوج صاحب النطفة، وإلى أمه الزوجة صاحبة البويضة التي حملته ووضعته، وعليه فإن إثبات النسب يرتبط بجواز التلقيح الاصطناعي الخارجي الذي يتم بهذه الصورة، وقد أجاز العلماء المعاصرون هذا النوع من التلقيح واستدلوا بما يلي:

1- قياس التلقيح الاصطناعي الخارجي بهذه الصورة على التلقيح الطبيعي بجامع أن كلا منها يبتغي حصول النسل بطريق شرعي –وهو الزواج–، فإن الحيوان المنوي من الزوج هو الذي يلقح بييضة الزوجة في التلقيح الطبيعي نتيجة المعاشرة الزوجية، وكذلك يحصل في التلقيح الاصطناعي الخارجي، فينبغي أن يأخذ حكمه في الزواج[2]، وبالتالي يثبت النسب بهذا التلقيح.

2- إن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق جملة من المقاصد، ومن أهمها: حفظُ النسل وبقاؤه، وهذه الصورة تحقق هذا المقصد العظيم وتعززه، وأمّا ما يرد على هذه الصورة من الإخلال التحسينية مثل: كشف العورة، فإنه لا يعترض به على الجواز فيها؛ لأن المحافظة على الضروري (النسل) مقدم على المحافظة على التحسيني (كشف العورة)، وإذا تعارضا فإنه يقدم الضروري[3].

من خلال ما سبق يثبت نسب المولود لأبيه الناتج عن التلقيح الاصطناعي الخارجي الذي تم بحيوان مني الزوج وبييضة الزوجة، وكان زرع اللقيحة في رحم زوجته صاحبة البويضة؛ لأنه صاحب الفراش، والولد متخلق من مائه ومن ماء زوجته صاحبة البويضة التي قامت بحمله ووضعه؛ لقوله – صلى الله عليه وسلم–«**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[4]، وعليه يشترط في إثبات نسب المولود لأبيه الناتج عن التلقيح الاصطناعي الخارجي أمران هما:

أ- التأكد من عدم تضرُّر المولود من الناحية الجسمية كالتشوهات، والنفسية إذا علم أنه تكوّن في أنبوب، وإن لم يتحقق ذلك كان حراما.

1- الشويخ، المرجع السابق، 318/1. زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص93. محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص98-99. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مرجع سابق، 391/10.

2- الخياط، حكم العقم في الإسلام، ص28. نقلا عن: محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص95.

3- محمد خالد منصور، المرجع نفسه، ص98-99.

4- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

ب- أن لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب، كتغيير الطبيب لماء الرجل، أو بييضة المرأة بغيرها، وإلا كان حراما[1].

الصورة الثانية: تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم مستعار (الرحم الضئر) (Mère porteuse – Surrogate mother)

تكون هذه الصورة في حالتين، **حالة أولى**: أن يجري التلقيح خارجيا في وعاء اختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع في رحم امرأة تتطوع بحملها، **وحالة ثانية**: تكون المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها[2].

قبل معرفة إثبات النسب لهذه الصورة يجب علينا معرفة الحكم الشرعي لهذه الصورة؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

1- موقف الفقه الإسلامي من الرحم الضئر

أجمع الفقهاء المعاصرون على تحريم هذه الصورة من التلقيح الخارجي[3]، وبه أفتى مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، حيث أجاز في قراره الخامس الذي أصدره في دورته السابعة إجراء الحالة الثانية، وهي زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية لصاحب الحيوان المني، وعلّل ذلك للحاجة[4]، لكنه عدل في دورته الثامنة عن إباحة هذه الصورة، وذهب إلى عدم الجواز[5]، ولجنة العلوم الطبية الفقهية الإسلامية في الأردن[6]، واستدلوا بالكتاب والسنة والمعقول وبالقواعد الفقهية.

1- القرداغي، المرجع السابق، ص580-581.

2- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص100-101.

3- محمد خالد منصور، المرجع نفسه، ص100-101. الشويرخ، المرجع سابق، 357/1. عبد الحليم منصور، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام- دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب والوثائق القومية، ط1: 2012م، ص76. الرملاوي، المرجع السابق، ص67.

4- ينظر: مجلس المجمع الفقهي في قراره الخامس في دورته السابعة في الفترة من 11-16 من ربيع الآخر 1404هـ، ص152.

5- ينظر: مجلس المجمع الفقهي في قراره الثاني في دورته الثامنة في الفترة من 28 من ربيع الآخر 1405هـ إلى 7 من جمادى الأولى 1405هـ، ص162.

6- الجابري، الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، دار الفرقان، ط1: 1994م، ص119. نقلا عن: محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص102.

أ- الكتاب:

- قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ۝٧ ﴾[1].

وجه الدلالة من الآية: أن الشارع لم يبح الانتفاع برحم المرأة بنقل الماء إليه إلا إذا كان زوجا للمرأة، أو ما ملكت يمينه، أمّا ما عدا هذين الطريقين فلا يجوز الانتفاع برحم المرأة بنص القرآن[2]، وهذا يصدق على الحالة الأولى من هذه الصورة في التلقيح الخارجي، وعليه بعد ورود هذا الدليل ،تكون القاعدة: أن كل ما لم يخرج عن نطاق الزوجين فهو مأذون فيه إلا ما ورد الشرع بتحريمه، وكل ما خرج عن نطاقهما فهو باق على أصل التحريم، وإذا تقرر هذا فإن المني إذا كان من الزوج جاز استدخاله للزوجة؛ لأنه لم يخرج عن نطاق الزوجين، فهو داخل ضمن المأذون فيه.

أمّا اللقيحة التي تكون البويضة فيها من غير التي يراد زرعها في رحمها، فهي غير مأذون بها شرعا وإن لقحت بماء الزوج؛ لأن ماء الزوج وحده هو المأذون فيه، واللقيحة ليست ماء الزوج فقط، وإنما اختلطت معه البويضة، والبويضة خارجة عن نطاق الزوجين حتى وإن جاءت من زوجة أخرى للزوج فهي غير مأذون في استدخالها، فاللقيحة اجتمع فيها محظور ومأذون فيه، والقاعدة الواجب تطبيقها هنا: أن ما اجتمع فيه حظر وإباحة قدم جانب الحظر فيه على جانب الإباحة، لا سيما فيما يتعلق بالفروج[3].

- قال تعالى: ﴿وَإِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ﴾[4]، وقال أيضا: ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ ﴾[5]، وقال أيضا: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ ﴾[6].

1- سورة المؤمنون، الآية: 5-7. وسورة المعارج، الآية: 29-31.

2- الشويخ، المرجع السابق، 358/1.

3- المرجع نفسه، 366/1.

4- سورة النجم، الآية: 32.

5- سورة لقمان، الآية: 14.

6- سورة الأحقاف، الآية: 15.

وجه الدلالة: فالأم في هذه الآيات هي الأم الشرعية، فالأبوة والأمومة الشرعية هي مجموع الهيئة الحاصلة للمولود الذي وقع لقاحه وتكوينه على فراش الزوجية فحملت به أمه في بطنها مستقرا في رحمها قراره المكين، فهذا هو المولود الذي يكتسب الأبوة والأمومة الشرعية[1].

ب– السنة:

– عن رُوَيْفِع بن ثابت الأنصاريّ، قال: كنت مع النّبيّ –صلّى الله عليه وسلّم– حين افتتح حنينا، فقام فينا خطيبا فقال: «**لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ، يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ**»[2].

وجه الدلالة من الحديث أنه يحرم على الرجال إدخال منيه في رحم امرأة أجنبية عنه، وهذا التحريم شامل لإدخال المني الأجنبي وحده، أو بعد أن اختلط بالبويضة، فكلاهما يصدق عليه أنه إدخال لماء رجل أجنبي في رحم امرأة ليست بحرث ولا زرع له[3]، وهذا يصدق على الحالة الأولى من هذه الصورة في التلقيح الخارجي.

– عن عبد اللّه بن مسعود قال حدّثنا رسول اللّه –صلّى الله عليه وسلّم– وهو الصّادق المصدوق، أنه قال: **إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ**، .. "[4].

وجه الدلالة: أن النبي –صلّى الله عليه وسلّم– نسب الجنين إلى بطن الأم، وبطن الأم يجمع البيضة والرحم، فتكون الأم هي صاحبة البييضة والرحم معا، حيث يجمع الجنين في بطنها ويمر بمراحل النشوء والتطور[5].

1– أبو زيد، المرجع السابق، 249/1.

2– أخرجه أحمد في مسنده، رقم الحديث: [16990]، 199/28. وأبو داود، كتاب النكاح، باب في وطء السّبايا، رقم الحديث: [2158]، 248/2. والبيهقي، كتاب العِدَدِ، باب استبراء من ملك الأمة، رقم الحديث: [15588]، 738/7. حسنه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 213/7.

3– الشويخ، المرجع السابق، 358/1.

4– أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، رقم الحديث: [3208]، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القدر، باب كيفيّة خلق الآدميّ في بطن أمّه وكتابة رزقهِ وأجله وعمله وشقاوته وسعادته، رقم الحديث: [2643]، 2036/4.

5– الرملاوي، المرجع السابق، ص67.

ت– المعقول:

– إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البييضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلاّ مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة الزوج، ويوجب ذلك اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وإن ذلك يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة"[1].

– أن في زرع اللقيحة في رحم غير صاحبة البييضة إفسادا لمعنى الأمومة، وذلك لأن المرأة التي حملت الجنين في أحشائها، وغذته من دمها أشهرا طوالا، واحتملت مشاق الحمل وآلامه، فهي مجرد مضيفة أو حاضنة تحمل وتلد وتتألم، فتأتي صاحبة البييضة فتنتزع مولودها من بين يديها كأنها مجرد أنبوب من الأنابيب[2].

ث– القواعد الفقهية:

– **درأ المفاسد أولى من جلب المصالح:** فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدّم دفع المفسدة غالبا؛ لأنّ اعتناء الشّرع بالمنهيّات أشدّ من اعتنائه بالمأمورات[3]، ولا شك أن تأجير الأرحام يشتمل على بعض المصالح مثل تحقيق رغبة الزوجين المحرومين من الإنجاب في الوصول لهذه النعمة، ويشتمل أيضا على كثير من المفاسد كاختلاط الأنساب، ونشوب الخلافات والنزاعات بين أطراف هذه العلاقة، وانتهاك حرمة الرحم، واستلزام انكشاف عورة المتطوعة بالحمل، وغير ذلك، ففي هذه الحالة يقدم درأ المفاسد على جلب المصالح[4].

1– ينظر: مجلس المجمع الفقهي في قراره الثاني في دورته الثامنة في الفترة من 28 من ربيع الآخر 1405هـ إلى 7 من جمادى الأولى 1405هـ، ص162.

2– القرضاوي، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة المسلمة، دار الضياء للنشر والتوزيع، ط1: 1988م، ص154-155.

3– ابن نجيم، الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النّعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1: 1999م، ص78. السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية– بيروت، ط1: 1990م، ص87.

4– عبد الحليم منصور، المرجع السابق، ص76. الشويرخ، المرجع السابق، 1/359-360.

– الأصل في الأبضاع التحريم[1]: أن الأصل يقتضي حرمة المشاركة في الأبضاع؛ لكون ذلك مفضيا إلى مفسدة الزنا، وهو اختلاط الأنساب، وتأجير الأرحام لم يوجد فيه الإذن الشرعي بجوازه فيبقى على مقتضى الأصل[2].

– **إذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة**[3]: فعلى فرض تعارض الأدلة في هذه الحالة وتعادلها فتوجد لدينا شبهة حِلٍّ، وشبهة حرمةٍ، فالأولى هاهنا أن نغلب الحرمة؛ صيانة للفروج من المساس، وحماية للأنساب من الاختلاط[4].

2– موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب عن طريق الرحم الضئر

يتعلق إثبات النسب عن طريق الرحم الضئر إلى أمرين:

الأمر الأول: معرفة الأم الحقيقية للمولود؛ باعتبار أن الولد الناتج عن هذا التلقيح قد ساهم في تشكيله امرأتان، صاحبة البويضة، وصاحبة الرحم، لهذا اختلف الفقهاء المعاصرون في تحديد المقصود بالأم، هل هي صاحبة البويضة أم صاحبة الرحم التي حملته وولدته.

الأمر الثاني: معرفة نسب المولود من جهة الأب، حيث أن الأب هنا هو المتبرع بالحيوان المنوي، وهذا الرجل إما أن يكون زوجا للمرأة التي حملت البويضة المخصبة، أو أن يكون أجنبيا عنها.

أ– تحديد الأم الحقيقية للمولود: اختلف الفقهاء المعاصرون في تحديد المقصود بالأم، هل هي صاحبة البويضة أم صاحبة الرحم التي حملته وولدته على قولين:

القول الأول: ذهب طائفة من الفقهاء المعاصرين إلى أن الأم الحقيقية للمولود هي صاحبة البويضة[5]، وهو رأي المجمع الفقهي في دورته السابعة[6]، واستدلوا بالسنة والمعقول.

1– ابن نجيم، الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النّعمان، ص51. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص61.

2– الشويخ، المرجع نفسه، 360/1.

3– ابن نجيم، المصدر نفسه، ص51. السيوطي، المصدر نفسه، ص61.

4– عبد الحليم منصور ، المرجع السابق، ص77.

5– الزرقا، محمد نعيم ياسين، الزحيلي، عارف علي عارف، وغيرهم، ينظر: سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص429.

6– ينظر: مجلس المجمع الفقهي في قراره الخامس في دورته السابعة في الفترة من 11–16 من ربيع الآخر 1404هـ، ص152.

– **السنة:** عن عائشة –رضي الله عنها– قالت: قال رسول اللّه صلّى الله عليه وسلّم: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[1].

وجه الدلالة: دلّ هذا الحديث دلالة واضحة على أن الولد ينسب للفراش؛ أي: ينسب الولد للفراش القائم على العقد الزوجية الصحيح بين الرجل والمرأة؛ فالولد في هذا الحديث لا يعني إلاّ التقاء بين ماء الرجل وبويضة المرأة، ولا تتحقق الزوجية، ولا تنتج آثارهما إلاّ بهذا[2].

– **المعقول:** استدل أصحاب هذا القول من وجهين:

الوجه الأول: إن الأم الحقيقية هي التي أعطت البييضة، وهذه هي الحقيقة العلمية التي لا تقبل الجدال؛ لأن البييضة المنقولة هي أصل الجنين تحمل صفات وراثية كل من الأب والأم، فهي إذن أساس بنيته وتكوينه، فالجنين إنما يكون بتوالد الخلايا التي تحمل الصفات الوراثية للخلية الأولى التي تكونت من البييضة وماء الرجل، أمّا صاحبة الرحم فإنها غذت الجنين بدمها بعد تكوينه حتى تكامل وولد، فهي لذلك تأخذ حكم الأم من الرضاعة من باب أولى؛ باعتبار أنه تغذى بدمها واحتضن برحمها وزُبِيَ في بطنها[3].

الوجه الثاني: قياس نسب المولود لأمه صاحبة البويضة على نسب المولد لأبيه صاحب النطفة، فكما أنه يحكم من جهة الأبوة بأن الأب هو صاحب النطفة، فكذلك يجب أن يحكم من جهة الأمومة أن الأم هي صاحبة البويضة بجامع أن كلا منهما شارك في أصل تكوينه[4].

القول الثاني: ذهب طائفة من الفقهاء المعاصرين إلى أن الأم الحقيقية للمولود هي صاحبة الرحم[5]. واستدلوا بالكتاب، والسنة، والمعقول.

1- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

2- الشويرخ، المرجع السابق، 383/1. عبد الحليم منصور، المرجع السابق، ص146.

3- زياد أحمد سلامة، المرجع سابق، ص135. الشويرخ، المرجع سابق، 384/1. سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص430.

4- الشويرخ، المرجع نفسه، 388/1.

5- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص139. القرضاوي، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة المسلمة، ص 161.

1- الكتاب: استدل أصحاب هذا القول بعموم الآيات التي ورد فيها نسبة الولادة إلى الأمهات منها:

أ- قال تعالى: ﴿ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ ﴾[1].

وجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى نفى الأمومة عن التي لم تلد، ومعلوم أن النفي والإثبات من أقوى الحصر عند العرب، حيث حصرت الأمومة بالولادة، فلا أم في حكم القرآن إلاّ التي ولدت[2]، وفي هذا الصدد يقول الكاساني: " أنّ النّسب في جانب الرّجال يثبت بالفراش وفي جانب النّساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة إلّا بدليل وأدنى الدّلائل عليها شهادة القابلة[3].

ب- قال تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ ﴾[4]، وقال أيضا: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ﴾[5].

وجه الدلالة من الآيتين أن الله تبارك وتعالى يبين الأسباب التي توجب الإحسان إلى الأم التي ولدت، ويوصي بها خيرا، وما ذلك إلا لأنها كابدت وعانت من مشاق الحمل والولادة، فالحمل والولادة هما جوهر الأمومة، والإخلال بهما إخلال بالمعنى الحقيقي للأمومة، ومفهوم المخالفة أن الأم التي لا تحمل ولا تلد ولا تعاني مشاق الحمل والولادة ليست أمّا نسبية، وصاحبة البييضة لم تقم بشيء من ذلك فلا تكون إذن أمّا نسبية للمولود[6].

ج- قال تعالى: ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾[7].

وجه الدلالة من الآية: معلوم أن الحقيقة هي المقدمة على المجاز، والوالدة الحقيقية هي التي ولدت، فكيف سماه الله ولدها[8].

1- سورة المجادلة، الآية: 2.

2- سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص433. الشويخ، المرجع السابق، 392/1.

3- الكاساني، المصدر السابق، 253/6.

4- سورة لقمان، الآية: 14.

5- سورة الأحقاف، الآية: 15.

6- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص106.

7- سورة البقرة، الآية: 233.

8- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص137.

2- السنة: استدلوا بحديث «**إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ...** "[1].

وجه الدلالة من الحديث أن الإنسان يتكون في بطن أمه، إذاً فصاحبة البطن الذي يتكون فيه الجنين ويمر بهذه المراحل وصفه الحديث الشريف بأنه بطن أمه؛ أي: أم الطفل، والتي تبرعت بالبييضة لا بطن لها مرّ فيه هذه الأطوار، إذاً أن التي تكون الجنين في بطنها؛ أي: حملت وولدت هي الأم[2].

3- المعقول: أن وظيفة صاحبة الرحم في عملية الإنجاب أشد تأثيرا، وأكثر مشقة، وأطول زمنا من وظيفة صاحبة البويضة، فيحكم بكونها الأم الحقيقية للولد، بيان ذلك أن دور صاحبة البويضة يقتصر على إعطاء بويضة أفرزتها بدون اختيار، ولم تعاني في سبيل ذلك شيئا، فدورها تقوم به دون معاناة أو مشقة، أمّا دور صاحبة الرحم فيتمثل في القيام بوظيفتين هما: الحمل والولادة اللذان يعدان من أصعب مراحل الأمومة من الناحية العلمية، وأكثر خطورة على صحة المرأة والجنين، فأين صاحبة البويضة التي لم تقم ولو بجزء يسير من كل هذا[3].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين يتضح للباحث -والله أعلم- أن الراجح من القولين هو القول الثاني الذي يذهب إلى أن الأم الحقيقية للمولود هي صاحبة الرحم، وهذا لقوة ما استدلوا به من الكتاب والسنة والمعقول هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن إثبات نسب من جهة الأم يكون بالولادة، وهذا متفق عليه بين الفقهاء سواء أكانت الولادة من نكاح صحيح، أو نكاح فاسد، أو نكاح شبهة، أو زنا، يقول الخطيب الشربيني: "وضابط الأمّ هو كلّ من ولدتك فهي أمّك حقيقة"[4]، ويزيد الإمام الصنعاني -رحمه الله- وضوحا في إثبات نسب الولد من جهة أمه بالولادة، فقال: "فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنّكاح أو بالسّفاح"[5]، ولو كان النسب يثبت بالخصائص الوراثية لأثبت النبي -صلى الله عليه وسلم- النسب لعتبة لشبه الولد به، ولكنه أثبته

1- سبق تخريجه، ينظر: ص192.

2- زياد أحمد سلامة، المرجع سابق، ص138.

3- الشويرخ، المرجع السابق، 1/407-409.

4- الشربيني، المصدر السابق، 4/286.

5- الكاساني، المصدر السابق، 6/243.

لصاحب الفراش فكذلك يثبت النسب لصاحبة الرحم؛ باعتبار أن الولادة دليل قوي في إثبات النسب.

ب- تحديد الأب الحقيقي للمولود: اتفق الفقهاء والباحثون المعاصرون على أن اللقيحة التي غرست في رحم الزوجة الثانية للزوج وإن كان هذا التلقيح محرما، فإن المولود ينسب إلى الزوج صاحب النطفة؛ لأن الولد نشأ من فراش الزوجية لقوله -صلّى الله عليه وسلّم-: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[1]، إلاّ إذا قامت أدلة قطعية على أن الولد ليس له[2]، واختلفوا فيما إذا غرست اللقيحة في رحم امرأة أجنبية عن الزوج على قولين[3]:

القول الأول: ذهب بعض أهل العلم إلى أن نسب المولود يثبت إلى زوج المرأة صاحبة البييضة المخصبة منه، سواء كانت المرأة التي غرست اللقيحة في رحمها ذات زوج أو عديمة الزوج[4]، واستدلوا بالسنة والمعقول.

1- السنة: استدلوا بحديث «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[5].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي-صلّى الله عليه وسلّم- حكم بثبوت النسب لصاحب الفراش، ومعنى الفراش هو تلقيح البويضة بنطفة من زوجها، وعليه فإن الجنين قد انعقد من بويضة امرأة وماء رجل بينهما نكاح شرعي صحيح، وبالتالي فإن نسب الولد يحكم به لصاحب النطفة[6].

2- المعقول: البويضة الملقحة هي أصل الجنين، وتحمل صفات كلٍّ من الأب والأم، فهي إذن أساس بنيته وتكوينه، ونجد أن الجنين إنما ينمو ويكبر بتوالد الخلايا التي تحمل الصفات الوراثية للخلية

1- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

2- خالد منصور، المرجع السابق، ص103. زياد أحمد سلامة، المرجع سابق، ص145. الشويرخ، المرجع السابق، 433/1. السنباطي، المرجع السابق، ص240.

3- الشويرخ، المرجع السابق، 433/1.

4- الشويرخ، المرجع نفسه، 442/1. سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص429. فوزي فيض الله، التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، العدد: 259 رجب 1406هـ، ص227. الرملاوي، المرجع السابق، ص140.

5- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

6- فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص227. سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص430. الشويرخ، المرجع السابق، 443/1.

الأولى التي تكونت من البويضة وماء الرجل، أمّا كون التلقيح في رحم امرأة أجنبية عن صاحب النطفة محرم، فإنه لا يؤثر في ثبوت النسب[1]، وبالتالي فإن نسب الولد يحكم به لصاحب النطفة.

القول الثاني: ذهب بعض أهل العلم إلى أن نسب المولود لا يثبت إلى زوج المرأة صاحبة البييضة، وإنما يثبت لصاحب الفراش وهو زوج المرأة التي غرست اللقيحة في رحمها[2]، واستدلوا بالكتاب، والسنة، والمعقول.

1- الكتاب:

قال تعالى:﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ﴾[3].

وجه الدلالة من الآية الكريمة: أن الله سمى المرأة حرثا، وما يزرع في الحرث إنما هو لصاحبه، وبناء عليه فكل ما تحمل به المرأة ذات الزوج من أي طريق فإنه ينسب إلى زوجها؛ لأنه نماء حرثه، وقد ولد على فراشه[4].

2- السنة: استدلوا بحديث «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[5].

وجه الدلالة من الحديث: أن الولد ينسب لصاحب الفراش وإن كان المني من غير زوج المرأة فالولد شرعي لاحق بالزوج؛ لأنها ما دامت متزوجة فالولد للفراش إلاّ أن ينفيه الزوج بلعان منه ويلحق بها[6].

- المعقول: استدل أصحاب هذا القول بالمعقول بإثبات النسب لصاحب الفراش من وجهين:

1- سفيان بورقعة، المرجع السابق، ص431. عارف علي عارف، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس- بيروت، ط1: 2001م، 841/2.

2- زياد أحمد سلامة، المرجع السابق، ص146. أحمد حماني، فتاوى الشيخ حماني، استشارات شرعية ومباحث فقهية، منشورات قصر الكتاب، (د.ت.ط)، 385/1. السيد عطية السيد أبو حمزة، أحكام المتبنى واللقيط، رسالة دكتوراه مقدمة بقسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر، إشراف: د/ محمود عبد الله العكازي، ود/ عبد الرزاق حسن فرج، سنة: 1999م، ص154. محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص108.

3- سورة البقرة، الآية: 223.

4- الشويرخ، المرجع سابق، 437/1.

5- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

6- حماني، مرجع سابق، 385/1.

الوجه الأول: أن وطء الزوج لزوجته صاحبة الرحم مما يزيد في نمو الولد في بطنها[1].

الوجه الثاني: أن حقيقة هذا التلقيح هو نقل ماء الزوج الأجنبي إلى رحم المرأة الأجنبية ذات الزوج، والفقهاء حكما بثبوت نسب الولد الذي تحمل به الزوجة وتلده بعد الدخول المحقق لصاحب الفراش، وصاحب الفراش في هذه المسألة هو زوج صاحبة الرحم، فيحكم بثبوت النسب له بناء على ما قرره الفقهاء[2].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين يتضح للباحث ما يلي:

1- إذا كانت المرأة التي غرست فيها اللقيحة عديمة الزوج، فإن إثبات النسب ينسب لصاحب النطفة إذا ادعاه وأثبت أبوته بالتحليل البيولوجي، وهذا قياسا على نسب ابن الزنا لأبيه الزاني، وقد رجحنا في المبحث السابق إثبات نسب ابن الزنل لأبيه الزاني اعتمادا على نصوص الكتاب والسنة والمعقول[3].

2- إذا كانت المرأة التي غرست فيها اللقيحة ذات زوج، فإن إثبات النسب ينسب لصاحب الفراش، وهو زوج المرأة التي غرست اللقيحة في رحمها؛ لأن الشرع الحكيم يبني أحكامه على أساس الواقع لا أساس الحقيقة العلمية، وقد حكم رسول الله –صلى الله عليه وسلم – بإثبات نسب الولد المتنازع فيه لزمعة؛ لأنه ولد على فراشه بالرغم من أنه يشبه عتبة بن أبي وقاص، وهذا يدل على أن النبي –صلى الله عليه وسلم – قدّم الفراش على الشبه الواضح البين الذي من أجله أمر أمّ المؤمنين سودة بنت زمعة بالاحتجاب منه بالرغم من أنه أثبت نسب هذا الولد المتنازع فيه لأبيها، وعليه يثبت نسب الولد الناتج من هذه الصورة لصاحب الفراش، ولا يمكن نفيه إلا باللعان، ويستعين بذلك بالتحليل الجيني.

1- عبد الله بن زيد آل محمود، التزوج بالكتابيات وعموم ضرره على البنين والبنات والحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي المكتب الإسلامي- بيروت، ط3: 1407هـ، ص36، نقلا عن: الشويرخ، المرجع سابق، 441/1.

2- المرجع نفسه، ص27-32، نقلا عن: الشويرخ، المرجع نفسه، 441/1-442.

3- ينظر: ص173-174.

المطلب الثالث: موقف القانون المقارن في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

بما أن ظاهرة التلقيح الاصطناعي انتشرت في العالم الغربي والإسلامي، بحيث قضى هذا الأخير – التلقيح الاصطناعي– على نسبة كبيرة من مشكلة عدم الإنجاب، مما جعل للقوانين الوضعية أن تنظمه في شكل مواد؛ باعتبار أن حدوثه يؤثر في النسب، لذلك ارتأيت أن أبين موقف القانون الوضعي من إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي.

الفرع الأول: موقف القوانين العربية في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

إن الملاحظ على المنظومة القانونية في البلدان العربية وجود فراغ تشريعي في مجال هذه المستجدات الطبية المعاصرة مع جمود النصوص القانونية المعمول بها رغم أن هذه المبتكرات العلمية قد فرضت نفسها على الساحة الطبية والاجتماعية، وأصبح التهافت عليها منقطع النظير ممّا قد يوقع المقبلين عليها في المحظور الشرعي نتيجة التوجه لإجراء مثل هذه العمليات إلى المراكز الأجنبية التي لا تحتاط ولا تقيم وزنا للاعتبارات العقدية للمسلم[1]، فمن خلال هذه الديباجة ارتأيت أن أسلط الضوء على موقف القوانين العربية من إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي، بداية بقانون الأسرة الجزائري الذي نص على التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر فقرة 2 على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الصناعي"، ثم بيّن شروط إجرائه، فقال: "يخضع التلقيح الصناعي للشروط الآتية:

-أن يكون الزواج شرعيا.
-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
-أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة".

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساير التطور العلمي في استعمال تقنية التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي، والذي أصبح بدوره الطريق الوحيد لتحقيق معضلة عدم الإنجاب لدى عدد كبير من الأزواج، وعليه يعتبر التلقيح الاصطناعي طريقا من طرق إثبات

1- زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى عين ميلة- الجزائر، ط: 2010م، ص95-96.

النسب، وهذا إذا توافرت شروطه كما بينته المادة 45 مكرر، وعلى هذا الأساس فلا يثبت النسب من جهة الأب عند تخلف إحدى الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

أمّا التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة فإن إثبات النسب من جهة الأم يثبت بمجرد الولادة، سواء كانت الولادة من نكاح أو غيره، وإذا ثبت النسب بالولادة فلا يمكن نفيه بعد ذلك، وهذا من خلال نص المادة 43 من تقنين الأسرة التي تنص على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

كما أن قانون العقوبات الجزائري[1] نص في المادة 321 على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات، وبغرامة من 500.000 إلى 1000.000دج كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته".

ويفهم من هذا النص أن أم الولد هي التي حملت ووضعت، وكل من أراد إخفاء هذه الحقيقة بنسب الطفل إلى امرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة، يعتبر جريمة يعاقب عليها[2].

أمّا البلدان العربية الأخرى فإنه يوجد فراغ تشريعي لهذه التطورات الطبية والبيولوجية المعاصرة بالرغم من انتشارها في هذه البلدان وحاجة الناس إليها، بحيث لا توجد نصوص قانونية تنظم مسألة التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي إلا المشرع الليبي انفرد عن بقية الدول العربية بكونه أول بلد عربي قنن موضوع التلقيح الاصطناعي وأدخله على المنظومة التشريعية الليبية وذلك في القانون رقم 175 لسنة 1972م الذي تضمن قانون العقوبات[3]، حيث نصت المادة 403 مكرر الفقرة 3 من ق.ع. الليبي على أن: "كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع يعاقب

1- أمر رقم 66-156 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ8 يونيو 1966م، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 29 صفر 1430هـ، الموافق لـ 25 فبراير 2009م، ينظر: قانون العقوبات في الموقع الرسمي لرئاسة الجمهورية الجزائرية: www.joradp.dz

2- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود ومسؤولية، إشراف: محمد سعيد جعفور، جامعة امحمد بوقرة- بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، ص87.

3- قانون العقوبات الليبي رقم 175 لسنة 1972م، ينظر: الجريدة الرسمية، عدد: 61، الصادرة بتاريخ: 23-09-1972م.

بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، وتكون العقوبة بالسجن لمدة لا تزيد عن خمس سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزداد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم"، ولا يفهم من هذا النص أن العقوبة تسري فقط في حالة إجراء عملية التلقيح الاصطناعي تحت طائلة الإكراه أو الاحتيال على المرأة، أو تم ذلك برضاها بالتواطؤ مع أحد المذكورين في المادة ممن هم في السلك الطبي – الصيدلي، أو القابلة، أو معاونيهم- دون علم الزوج، بل حتى لو تمت العملية برضا طرفيها –الرجل والمرأة- وفي إطار علاقة شرعية وبين خلاياهما الجنسية، أو لقحت المرأة نفسها بنفسها دون مساعدة من الغير، فالعملية كلها تظل في نظر المشرع الليبي جريمة تستوجب متابعة جزائية وتحدد العقوبة بخمس سنوات سجنا على كل من الزوج والزوجة، ولعلّ هذا الرفض المطلق للإخصاب مردّه إلى أن تقنية الاخصاب الاصطناعي آنذاك مازلت في طور التجربة والاختبار ولم تستسغها بعد كلّ المجتمعات، خاصة العربية منها[1].

وبعد أن انقطع أسلوب الإنجاب بالمساعدة الطبية أشواطا، وأثبت نجاحه في القضاء على أسباب العقم، استدرك المشرع الليبي الأمر وتراجع عن مواقفه الرافض للتلقيح الاصطناعي مطلقا، وذلك في القانون رقم 16 لسنة 1986م في المادة 17 من قانون المسؤولية الطبية[2] على أنه: "لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشروط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما"، حيث حددت هذه المادة شروط التلقيح الاصطناعي بدقة وهي:

- أن يكون بين الزوجين علاقة شرعية، ويمنع بتاتا تدخل طرف ثالث مهما كانت صفته أو صلته بهما.

- ضرورة اجتماع وتطابق وإرادة الطرفين على إجراء العملية دون الاقتصار على إرادة طرف واحد منهما.

- أن تتحقق هناك ضرورة ملجئة تبيح هذا العمل الممنوع، كعدم جدوى العلاج بالأساليب العادية[3].

1- زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص97-98.

2- قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم 16 لسنة 1986م، ينظر: الجريدة الرسمية، عدد: 28، الصادرة بتاريخ: 1986م.

3- زبيدة إقروفة المرجع نفسه، ص 98-99.

الفرع الثاني: موقف القوانين الغربية في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

أصدر المشرع الفرنسي قانون بتاريخ: 29-07-1994م تحت رقم 635، نظم بموجبه أحكام تقنية الإخصاب الاصطناعي بجميع وسائله، وقد قرر في مادته رقم 1/152 من قانون الصحة الفرنسي على أن: "المساعدة الطبية على الإنجاب يجب أن يكون موضوعها علاج العقم أو تجنب الأمراض الوراثية"، حيث شرع المشرع الفرنسي عقوبة في المادة 4/152 من قانون الصحة الفرنسي لمن يتجاوز هذه الغاية وذلك بالحبس 5 سنوات والغرامة 500 ألف فرنك فرنسي، ولذلك أورد المشرع الفرنسي مجموعة من الشروط هي:

أولا: الشروط القانونية المتعلقة بالزوجين: وتكمن فيما يلي:

1- الحصول على الرضا المستنير: ويكون كتابيا، وذلك لخشيتها من الانعكاسات القانونية والأخلاقية، والتي من الممكن أن تشكل كوارث اجتماعية يتعذر تداركها إذا تمخض عن هذه التقنيات الحديثة سيل من دعاوى إنكار النسب، خاصة وأن الأمر لم يعد يقتصر على الإخصاب في علاقة شرعية فحسب، بل تمادى عندهم فوصل ذروته بالسماح بتبادل الخلايا التناسلية الناقصة والمكتملة لإتمام الإخصاب في علاقة شرعية وغير شرعية إلى حد السماح بإنشاء سوق دولية لتحقيق هذا التبادل واستباحة الأمومة البديلة وتخليق الأجنة الإنسانية خصيصا بغرض تقدم التجارب العلمية[1].

2- **توافر سن معينة لدى راغبي الإخصاب الاصطناعي:** والهدف من هذا الشرط حتى لا ينحرف بوسائل الإخصاب الطبي المساعد عن الهدف التي شرعت له، وهو مكافحة وعلاج العقم، وحرصا على الصحة العامة للأم، وحتى لا يكون بين الطفل وبين أبويه فرق شاسع في العمر، ولذلك وضعت بعض التشريعات الأوروبية حدا لذلك، مثل القانون الإسباني، فقد وضع حدا أدنى لإجراء وسائل الإخصاب الطبي المساعد بالنسبة للأم وهو 18 سنة، ونجد أن المشرع الدنماركي وضع حدّا أقصى لإجراء هذه الوسائل وهو ألاّ يزيد عمر المرأة عن 45 سنة[2].

1- فرج سالم، المرجع السابق، ص146.
2- المرجع نفسه، ص147.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي: وتكمن فيما يلي:

1- **ضرورة الترخيص الإداري للمراكز المتخصصة في هذا المجال:** ويشترط في هذه المراكز عدة شروط منها:

أ- توافر الإمكانيات العلمية والمادية التي تمكن المركز من العمل بكفاءة واقتدار.

ب- ممارسة هذه التقنيات من خلال المراكز الاستشفائية العامة (الحكومية) فقط.

ت- خضوع هذه المراكز لقانون الصحة العامة[1].

2- **ضرورة السماح بالإخصاب الطبي المساعد من خلال لجنة طبية متخصصة في التلقيح:**

ويشترط في الراغب في عملية التلقيح الاصطناعي أن يتبع الإجراءات القانونية الآتية:

أ- العرض على لجنة طبية متخصصة بذلك، وذلك من خلال تقديم طلب كتابي لديها.

ب- تخصيص ملف شامل لكل حالة ثم عرضها على اللجنة، وهذا الملف يحتوي على جميع بيانات حالة الزوجين، ومضمون ما تم خلال المقابلة، وقرار اللجنة النهائي بالقبول أو الرفض، ويحق للزوجين الطعن على هذا القرار أمام لجنة أخرى، ويكون قرار اللجنة الثانية نهائيا لا طعن فيه بعد ذلك.

ت- في حالة القبول من اللجنة فإنه لا يتم الالتجاء للوسيلة المقترحة من وسائل الإخصاب الطبي المساعد إلا بعد مرور مدة لا تقل عن شهر قابلة للزيادة من تاريخ موافقة اللجنة[2].

المطلب الرابع: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي

من خلال النظر إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مسألة إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي يتبين للباحث أن المشرع الجزائري والمشرع الليبي يتفقان مع الفقهاء القائلين بأن التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي يجوز إذا كان بماء الزوج عند الضرورة، وفي حال قيام الزوجية، ويشترط أن يتم التأكد من أن المني هو من الزوج ولم يختلط أو يستبدل سواء بطريق العمد أو الخطأ أو السهو بمني غيره، ويكون التأكد من عدم إمكان حدوث الخطأ باتخاذ جميع الإجراءات

1- المرجع نفسه، ص148.

2- المرجع نفسه، ص148.

الكفيلة بمنع الخطأ منعا باتا، وأن تتم العملية على أيدي أطباء ثقات عدول، وفي هذه الحالة لا يتنافى الأمر مع مقاصد الشريعة ولا مع أحكامها، وهو من الأمور المباحة على هذا الوجه.

أمّا التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة فإن المشرع الجزائري والمشرع الليبي لا يجيزانه مطلقا، لكن إثبات النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة فإن المشرع الجزائري يثبت النسب من جهة الأم فقط، وهذا من خلال قانون العقوبات الجزائري في المادة 321 التي يفهم من نصها أن أم الولد هي التي حملت ووضعت، وكل من أراد إخفاء هذه الحقيقة بنسب الطفل إلى امرأة أخرى ولو كانت صاحبة البويضة، يعتبر جريمة يعاقب عليها[1]، فهو بذلك يتفق مع الفقهاء القائلين بأن الأم الحقيقية للمولود هي صاحبة الرحم؛ أي: أن إثبات نسب من جهة الأم يكون بالولادة، وهذا متفق عليه بين الفقهاء سواء أكانت الولادة من نكاح صحيح، أو نكاح فاسد، أو نكاح شبهة، أو زنا، يقول الخطيب الشربيني: "وضابط الأمّ هو كلّ من ولدتك فهي أمّك حقيقة"[2]، ويزيد الإمام الصنعاني –رحمه الله– وضوحا في إثبات نسب الولد من جهة أمه بالولادة، فقال: "فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنّكاح أو بالسّفاح"[3]، ولو كان النسب يثبت بالخصائص الوراثية لأثبت النبي –صلى الله عليه وسلم– النسب لعتبة لشبه الولد به، ولكنه أثبته لصاحب الفراش فكذلك يثبت النسب لصاحبة الرحم؛ باعتبار أن الولادة دليل قوي في إثبات النسب.

أمّا إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي بالنسبة للقوانين الغربية أنها لم تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، بل جعلت التلقيح الاصطناعي حتى في إطار علاقة غير شرعية، ممّا أدى بهم إلى إنشاء سوق دولية لتحقيق هذا التبادل واستباحة الأمومة البديلة وتخليق الأجنة الإنسانية.

1- طفياني مختارية، المرجع السابق، ص87.

2- الشربيني، المصدر السابق، 286/4.

3- الكاساني، المصدر السابق، 243/6.

المبحث الثاني: نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب

لقد شرع الله عز وجل اللعان للزوج في حالة إذا ما رأى الزوج زوجته في حالة الزنا ولم يجد دليل قطعي على زنا زوجته، لكن إذا شك الزوج بنسب ولده ولا دليل على زنا زوجته، ففي هذه الحال هل يستطيع الزوج الاستعانة بالبصمة الوراثية في نفي ولده دون اللجوء إلى اللعان؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت أن أقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب، مطلب أول تناولت فيه نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب في الفقه الإسلامي، ومطلب ثان تناولت فيه نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب في القانون المقارن، ومطلب ثالث تناولت فيه المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في نفي النسب بالبصمة الوراثية.

المطلب الأول: نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء المعاصرون في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان على قولين:

القول الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فقط ، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، وهذا القول عليه عامة الفقهاء المعاصرين ومنهم: الدكتور عبد الستار فتح الله سعيد[1]، والدكتور وهبة الزحيلي[2]، والدكتور علي القرة داغي[3]، والدكتور عمر السبيل[4]، والدكتور ناصر عبد الله الميمان[5]، والدكتور الرفاعي[6]، وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي بالرابطة[7]، واستدلوا بالكتاب، والسنة النبوية، والمعقول، والقياس.

1- عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها في جوانب النسب والجرائم وتحديد الشخصية، ينظر: القرار السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي- مكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين: 21-26 من شوال 1422هـ، الموافق لـ: 5-10 يناير 2002م، 3/147-148.

2- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ينظر: المرجع نفسه، 3/23.

3- علي القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ينظر: المرجع نفسه، 3/61.

4- عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، مرجع سابق، ص41.

5- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مرجع سابق، ص220.

6- الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص722.

7- قرار مجمع الفقه الإسلامي بالرابطة: "لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"، ينظر: القرار السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي- مكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين: 21-26 من شوال 1422هـ، الموافق لـ: 5-10 يناير 2002م، 3/359.

أولا: الكتاب

- قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩ ﴾[1].

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الزوج إذا لم يملك الشهادة إلا نفسه فيلجأ إلى اللعان، وإحداث البصمة الوراثية تزيد على كتاب الله، «**وَمَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ**»2[3].

ثانيا: السنة النبوية

أ- حديث عائشة: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ**»[4].

وجه الدلالة من الحديث أنّ -عليه الصّلاة والسّلام- جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزّاني بالرغم من شبهه به، فدل ذلك على أنه لا ينفى النسب إلا باللعان.

ب- عن أبي هريرة -رضي اللّه عنه- أنّ رسول اللّه -صلّى الله عليه وسلّم- جاءه أعرابيّ فقال: يا رسول اللّه، إنّ امرأتي ولدت غلاما أسود، فقال: «**هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ**» قال: نعم، قال: «**مَا أَلْوَانُهَا**» قال: حُمْرٌ، قال: «**هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ**» قال: نعم، قال: «**فَأَنَّى كَانَ ذَلِكَ**» قال: أُرَاه عرق نزعه، قال: «**فَلَعَلَّ ابْنَكَ هَذَا نَزَعَهُ عِرْقٌ**»[5].

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول -صلّى الله عليه وسلّم- أبطل الشبه الذي استند إليه الرجل لنفي ولده، ولم يرخص له في الانتفاء منه لعدم المشابهة[6]، وفي هذا الصدد يقول الشوكاني: "وفي الحديث دليل على أنّه لا يجوز للأب أن ينفي ولده بمجرّد كونه مخالفا له في اللّون"[7].

1- سورة النور، الآية: 6-9.

2- أخرجه البخاري من حديث عائشة –رضي الله عنها-، كتاب الصّلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصّلح مردود، رقم الحديث: [2697]، وأخرجه مسلم من حديث عائشة –رضي الله عنها-، كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة، وردّ محدثات الأمور، رقم الحديث: [1718]، 1343/3.

3- عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، العدد: 23، رجب 1425هـ، ص68.

4- سبق تخريجه، ينظر: ص155.

5- سبق تخريجه، ينظر: ص156.

6- علي محمد المحمدي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، دار قطري بن الفجاءة-قطر، ط1: 1994م، ص400.

7- الشوكاني، نيل الأوطار، 329/6.

ثالثا: المعقول

– إن البصمة الوراثية مقيسة على القافة، فتأخذ حكمها، والقافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي –صلى الله عليه وسلم– الشبه مقابل اللعان[1].

– إن الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه فيه إبطال لحكم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع بناء على وسيلة بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها [2].

مناقشة الأدلة:

– أمّا استدلالهم بالآية الكريمة بأن الزوج يلجأ إلى اللعان إذا لم يجد من يشهد له فإنه يرد عليه بأنه قد وجد بديلا عن شهادة الشهود وهو البصمة الوراثية، وهي تدخل في معنى البينة، وفي هذا الصدد يقول ابن كثير عند تفسيره للآية التي استدلوا بها: "هذه الآية الكريمة فيها فَرَج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف أحدهم زوجته، وتعسّر عليه إقامة البيّنة أن يلاعنها كما أمر اللّه عزّ وجلّ"[3].

– أمّا استدلالهم بالسنة النبوية فيجاب على حديث الولد للفراش وأمر رسول الله –صلى الله عليه وسلم– سودة بالاحتجاب منه مع أنه أخوها يقول ابن قيم الجوزية: "وأمّا أمره سودة بالاحتجاب منه، فإمّا أن يكون على طريقِ الاحتياط والورع لمكان الشّبهة الّتي أورثها الشّبه البيِّن بعتبة، وإمّا أن يكون مراعاة للشّبهين وإعمالا للدّليلين، فإنّ الفراش دليل لحوق النّسب، والشّبه بغير صاحبه دليل نفيه، فأعمل أمر الفراش بالنّسبة إلى المدّعي لقوّته، وأعمل الشّبه بعتبة بالنّسبة إلى ثبوت المحرميّة بينه وبين سودة، وهذا من أحسن الأحكام وأبينها وأوضحها"[4]، وأمّا حديث أبي هريرة فيجاب عليه أنّ الفراش الصّحيح إذا كان قائما فلا يعارض بقافة ولا شبه، فمخالفة ظاهر الشّبه لدليل أقوى منه – وهو الفراش – غير مستنكَر، وإنّما المستَنكَر مخالفة هذا الدّليل الظّاهر بغير شيء"[5].

– وأمّا استدلالهم بالمعقول فيجاب عليه أن اللّعان يلجأ إليه عند انعدام البينة مع الزوج، فإذا ثبت

1- ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص220.

2- عمر السبيل، المرجع السابق، ص41-42.

3- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 11/6.

4- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 371/5.

5- المرجع نفسه، 378/5.

يقينيا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس منه فلا وجه لإجراء اللعان؛ لأن البصمة الوراثية بينة بمثابة الشهادة[1].

القول الثاني: وفيه ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، وهذا الرأي ذهب إليه الدكتور محمد المختار السلامي[2]، والدكتور يوسف القرضاوي[3].

الاتجاه الثاني: لا ينفى النسب باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبه للزوج ولو لاعن، وهذا الرأي ذهب إليه الدكتور نصر فريد وصل[4].

الاتجاه الثالث: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، إلا أنه يكون للزوجة الحق في طلب اللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف، وهذا الرأي ذهب إليه الدكتور سعد الدين هلالي[5].

الأدلة: استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أولا: الكتاب:

قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ ﴾[6].

1- سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 275/3. الرفاعي، المرجع سابق، ص711.

2- محمد المختار السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية ضمن ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، 405/1، نقلا عن السبيل عمر، المرجع السابق، ص42.

3- ضمن مناقشات موضوع البصمة الوراثية، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي- مكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين: 21-26 من شوال 1422هـ، الموافق لـ: 5-10 يناير 2002م، نقلا عن: عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مرجع سابق، ص67.

4- نصر فريد وصل، المرجع السابق، 109/3-110.

5- سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 275/3.

6- سورة النور، الآية: 6-9.

وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته، من أن الحمل ليس منه وهذا معنى قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾[1]، ومع هـــذا التقدم العلمي في هذا الميدان لم يبق الزوج وحيدا لا سند له بل أصبح له شاهد، وبالتالي يكون رافعا لاتهام الزوج بالكذب[2].

ثانيا: السنة النبوية

– عن ابن عبّاس– رضي الله عنهما– أنّ هلال بن أميّة قذف امرأته عند النّبيّ – صلّى الله عليه وسلّم– بشريك ابن سحماء، فقال النّبيّ –صلّى الله عليه وسلّم–: «**أَبْصِرُوهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ العَيْنَيْنِ، سَابِغَ الأَلْيَتَيْنِ، خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ، فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ**»، فجاءت به كذلك، فقال النّبيّ –صلّى اللهُ عليه وسلّم–: «**لَوْلاَ مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ**»[3].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي –صلى الله عليه وسلم– اعتبر الشبه دليلا على إثبات النسب أو نفيه، فكان إثبات النسب بالبصمة الوراثية من باب أولى.

ثالثا: المعقول

– إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه؛ لأنه استبرأها بحيضة ولم يمسها بعد ذلك، وظهر حمل، وحينئذ ينظر إلى الوضع، ثم يلجأ إلى البصمة الوراثية، فإن أثبتت بأنه ليس منه فهذا يكون مغنيا عن اللعان[4].

– إذا جاءت البصمة الوراثية بثبوت نسب الطفل إلى الزوج – بأن يتطابق الحامض النووي للطفل مع الحامض النووي للزوج– فإنه لا ينفي نسب الطفل حتى ولو لاعن الزوج؛ لأن الشارع يتشوف لإثبات النسب رعاية لحق الصغير خاصة وأن نتائج البصمة الوراثية دقيقة ويقينية قطعية، ولخراب الذمم عند

1– سورة النور، الآية: 6.

2– محمد المختار السلامي، المرجع السابق، 405/1. نقلا عن السبيل عمر، المرجع السابق، ص42..

3– أخرجه البخاري، كتاب التفسير، باب ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾، رقم الحديث: [4747]، 264/3. وأخرجه مسلم، كِتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، وَغَيْرِهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ، رقم الحديث: [1496]، 1134/2.

4– محمد المختار السلامي، المرجع نفسه، 405/1. نقلا المرجع نفسه، ص42.

بعض الناس في هذا العصر، فقد يكون باعث الزوج الكيد للزوجته، وفي ذلك إقرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع[1].

*** مناقشة الأدلة:**

– أما استدلالهم بالآية الكريمة فإن فيها ما يدفع هذا الرأي ويوهنه ألا وهو قوله تعالى: ﴿**وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ**﴾[2]، ولا يمكن اعتبار البصمة الوراثية من الشهداء بحال من الأحوال، نعم لو كانت الآية قد وردت فيها كلمة "بينة" مكان "شهداء" لكان هذا الرأي نوع من التوجيه، أمّا ولم ترد فلا وجه له إذا[3].

– أمّا استدلالهم بالسنة النبوية فيجاب عليه بأنه ليس في الحديث ما يدل على اعتبار الصفات المتشابهة أو الصفات الجينية والتعويل عليها في نفي النسب بدليل أن النبي –صلى الله عليه وسلم– لم يلحق الولد بمشبهه في الحكم، وإنما نفاه عن الزوج بناء على ما تقدم من لعانه، فقد جاء في رواية أبي داود أن النبي –صلى الله عليه وسلم– قال: «**لَوْلَا الْأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ**»[4]؛ أي: أيمان اللعان؛ لأن اللعان سبب أقوى من الشبه، وبالتالي لا يصار إلى البصمة الوراثية مع وجود ما هو أقوى منها وهو اللعان[5].

1- نصر فريد وصل، المرجع السابق، 3/109-110.

2- سورة النور، الآية: 6.

3- ناصر عبد الله الميمان، المرجع السابق، ص221.

4- أخرجه الطيالسي، باب عكرمة مولى ابن عبّاس، رقم الحديث: [2789]، انظر: الطيالسي أبو داود سليمان بن داود بن الجارود البصرى، مسند أبي داود الطيالسي، تحقيق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر – مصر، ط1: 1999م، 388/4. وأخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطّلاق، باب في اللّعان، رقم الحديث: [2256]، 276/2. وأخرجه أبو يعلى، باب مسند ابن عباس، رقم الحديث: [2740]، ينظر: أبو يعلى أحمد بن علي بن المثُنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي الموصلي، مسند أبي يعلى، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث – دمشق، ط1: 1984م، 124/5. وأخرجه البيهقي في سننه،كتاب اللعان، باب الزّوج يقذف امرأته فيخرج من موجب قذفه بأن يأتي بأربعة شهود يشهدون عليها الزّنا أو يلتعن، رقم الحديث: [15292]، 647/7. صعفه الألباني: ينظر: الألباني، ضعيف أبي داود – الأم، مؤسسة غراس للنشر و التوزيع– الكويت، ط1: 1423هـ، 246/2.

5- الرفاعي، المرجع السابق، ص710-711.

– أمّا استدلالهم الأول بالمعقول فيجاب عليه بأن مقصد الشارع في تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض والنسب حتى لا تتعرض للاضطراب والفوضى، حيث إن من أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش ليس أمامه إلا اللجوء إلى اللعان الذي لو تطرقت إليه لوجدت فيه من التأثير على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري، بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى[1]، وأما استدلالهم بخراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر فيجاب عليه أن الخلق أمروا أن يقبل بعضهم من بعض ما يظهر دون الالتفات إلى باطن لا سبيل إلى معرفته[2]، وبالتالي فالعمل باللعان تنفيذ لأمر الله تعالى فله صفة تعبدية، بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على معرفة الحقيقة المجردة، فهي تثبت أو تنفي البنوة فقط[3].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين ومنا قشتها يتضح للباحث ما يلي:

1– إذا ثبت النسب بإحدى الطرق الشرعية الفراش، أو الإقرار، أو شهادة الشهود، فإنه لا يجوز نفيه إلا بطريق واحد وهو اللعان؛ لأن الشارع يحتاط للأنساب، ويكتفي في إثباتها بأدنى الأسباب، وفي هذا الصدد يقول ابن قدامة: "إنّ النّسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التّشديد في نفيه، وأنّه لا ينتفي إلّا بأقوى الأدلّة"[4]، وبالتالي فإن الطرق العلمية –التحاليل الطبية وبالخصوص البصمة الوراثة– لا تتقدم اللعان في نفي النسب؛ لأن تقديم البصمة الوراثية على اللعان فيه اعتداء لأمر الله ورسوله، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾﴾[5]، فلا ينبغي ولا يصلح لمؤمن ولا مؤمنة حق الاختيار فيما حكم الله ورسوله فيه بالجواز أو المنع، ومن خالف أمر الله ورسوله فقد أخطأ طريق النجاة والفلاح[6].

1– القرة داغي، المرجع السابق، 61/3.

2– الرفاعي، المرجع السابق، ص713.

3– ناصر عبد الله الميمان، المرجع سابق، ص220.

4– ابن قدامة، المصدر السابق، 127/6.

5– سورة الأحزاب، الآية: 36.

6– جابر أبو بكر الجزائري، المرجع السابق، 1213/2.

2- إذا جاءت نتائج البصمة الوراثية توافق قول الزوج في نفي النسب عنه، فله أن يلاعن؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تبنى أحكامها على مخالفة الحس والواقع؛ إذ أن الأصل في الأمور العلمية إذا كانت قطعية الدلالة التي لا تخالف الحس والعقل والواقع لا يمكن أن تتعارض مع الشرع الصحيح، وفي هذا الصدد يقول ابن تيمية: "إنّ الأدلّة الصّحيحة لا تتناقض الأدلّة الصّحيحة العقليّة والشّرعيّة، ولا تتناقض دلالة القياس إذا كانت صحيحة، ودلالة الخطاب إذا كانت صحيحة، فإنّ القياس الصّحيح حقيقة التّسوية بين المتماثلين، وهذا هو العدل الّذي أنزل اللّه به الكتاب وأرسل به الرّسل والرّسول لا يأمر بخلاف العدل"[1].

3- إذا جاءت نتائج البصمة الوراثية تخالف قول الزوج في نفي النسب عنه فإنه لا يلتفت إلى قوله وإن لاعن؛ لأن إلحاق الولد بأبيه فيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة وهو حفظ الأنساب، والله عز وجل يقول: ﴿ **ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ** ﴾[2]، وحديث الملاعنة يؤكد أن النبي –صلى الله عليه وسلم- أثبت النسب بالشبه حتى مع قيام اللعان في قوله: «**إِنْ جَاءَتْ بِهِ أُصَيْهِبَ أُرَيْصِحَ أُثَيْبِجَ حَمْشَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِهِلَالٍ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ جَعْدًا جُمَالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَتْ بِهِ**»، **فَجَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ جَعْدًا جَمَالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَوْلَا الْأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»**[3]، وبالتالي إذا أكدت نتائج البصمة الوراثية توافق الحامض النووي بين المولود والزوج الملاعن فإنه يثبت نسب المولود لأبيه الملاعن؛ لأن النبي–صلى الله عليه وسلم- أثبت النسب بمجرد الشبه الظاهري فكان من باب أولى إثباته بالبصمة الوراثية القطعية الدلالة، ويدرأ الحد عن الزوج لوقوع الأيمان.

الفرع الثاني: نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب في القانون المقارن

أولا: التشريعات العربية:

نلاحظ أن غالبية قوانين الأحوال الشخصية العربية استمدت أحكام النسب من الشريعة الإسلامية، إلا أنها لم تعط العناية اللازمة للتطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ونفي النسب، فمثلا

1- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 332/22.

2- سورة الأحزاب، الآية:6.

3- سبق تخريجه، ينظر: ص212.

نجد قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لوسائل نفي النسب بشكل صريح، وهذا يلاحظ من خلال نص المادة 41 من ق.أ.ج على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، هذا الأمر فتح المجال للتساؤل هل المقصود بالطرق المشروعة لنفي النسب اللعان؟، أم يمكن نفي النسب بواسطة التحليل الجيني أو بواسطة تحاليل الدم؟، والواقع أن القضاء الجزائري لا يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد إلاّ عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل[1].

وعليه لا يمكن نفي النسب إلاّ باللجوء للقضاء الذي يصدر حكمه بإثبات أو نفي النسب أو الحمل؛ ذلك أن القاعدة في هذا الشأن تقضي أنه يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلاّ بحكم قضائي، حيث يعتمد القاضي على شهادة الوضع لمعرفة الحقيقة انطلاقا من جميع الوسائل الثبوتية بعد مقارنتها بتاريخ الزواج، فإن كان الزواج بعد الوضع مثلا، أو عدم وجود عقد زواج صحيح، أو أن تأتي المرأة بالولد لأقل من ستة أشهر أو بعد عشرة أشهر من تاريخ انتهاء الزواج بجميع وسائله (من وفاة، أو طلاق، أو تطليق، أو خلع، أو فسخ...)، أو إثبات الزوج عدم إمكانية الإنجاب، فهي من المبررات التي تجيز للمحكمة إصدار حكمها بنفي النسب[2].

وكذلك نفس الأمر بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية العربية، فمثلا قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929م[3] في المادة 15 نص على أنه: لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة يثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غياب الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة وقت الطلاق أو الوفاة، ويقابل ذلك ما جاء في قانون الأحوال الشخصية اللبناني في المادة 144 منه والتي تنص على أنه " لا يثبت عند الإنكار النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجة من يوم العقد ولا النسب لولد زوجة أتت به بعد 300 يوم من غيبة الزوج"[4]، يقول الدكتور عبد الرحمان الرفاعي:

1- قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 296020، بتاريخ: 2002/12/25م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 2004م، العدد: 01، ص289.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، 1/416-417.

3- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929م لا يزال ساري المفعول.

4- الرفاعي، المرجع السابق، ص715.

"وبالنظر في النصين السابقين يظهر أن كليهما يتخذ من تلك القرائن السابقة، كعدم ثبوت التلاقي بين الزوجين، أو إتيان المرأة بالولد بعد سنة من غياب الزوج ، أو من طلاقه أو من وفاته دليل على نفى النسب، وبقى الحال على ما هو عليه في تلك القوانين غير مكترثين بتطور العلوم الطبية في هذا الشأن[1]، بينما نجد قانون الأحوال الشخصية المصرية رقم (1) لسنة 2000 لم يتعرض لمسألة نفي النسب أصلا"[2].

أمّا قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر بتاريخ: 28-10-1998م فقد نص في الفصل الأول على أنه: " يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر للمحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل"، يقول الدكتور عبد الرحمان الرفاعي: أجاز المشرع التونسي البنوة الطبيعية إما بالإقرار أو البيّنة أو التحليل الجيني، وعلى هذا إذا ما ثبتت هذه البنوة بالإقرار الصحيح والرضائي، فإنه لا يقبل الرجوع عن ذلك، وتبقى مسألة نفيه إذا كان ثابتاً بالوسيلتين الأخرتين وهما: البينة، والتحليل الجيني.

1- البينة:

إذا ثبتت البنوة الطبيعة بموجب دعوى أقامتها الأم أو النيابة العامة باستناد إلى البينة، فإنه يمكن لمن ثبت نسبه منه أن يعارض تلك البينة، كأن يثبت أنه زمن الحمل كان في حالة لا يمكن معها أن يكون والدا للطفل، كأن يكون صغيرا أو عاجزاً أو أنه كان بعيدا عن مكان وجود الأم.

2- التحليل الجيني:

إذا ثبت نسب الطفل بالبينة أو أثبت الأب المزعوم عدم أبوته له بالتحليل الجيني فإنه في مثل هذه الحالة تغلب الحقيقة العلمية وترد دعوى إثبات البنوة غير الشرعية[3].

ثانيا: التشريعات الغربية

أمّا عن التشريعات الغربية فقد أجاز المشرع الفرنسي العمل بالبصمات الوراثية في مجال نفي النسب، وهذا من خلال المادة (16-11) من القانون المدني الجديد الصادر بتاريخ 29-07-1994م على

1- الرفاعي المرجع نفسه، ص716.
2- المرجع نفسه، 716.
3- المرجع نفسه، 716.

أنه: "وفي مجال القانون المدني لا يمكن أن يتم التعرف أو تحديد هوية الشخص ببصماته الوراثية إلاّ في إطار تحقيقات قضائية أمر بها قاضي الموضوع أو في إطار دعوى منازعة في إثبات النسب أو نفيه أو بصدد دعوى النفقة أو إلغائها"، يقول الدكتور عبد الرحمان الرفاعي: ففي هذا النص أقام المشرع الفرنسي حقا في فحص البصمات الوراثية باعتبارها وسيلة من الوسائل العلمية قاطعة في الإثبات والتي تسمح بإثبات أو نفى النسب بحيث لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تنكر على المتنازعين هذا الحق إلا إذا وجد مبرر مشروع لذلك[1].

الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في نفي النسب بالبصمة الوراثية

من خلال النظر إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مسألة نفي النسب بالبصمة الوراثية يتبين للباحث ما يلي:

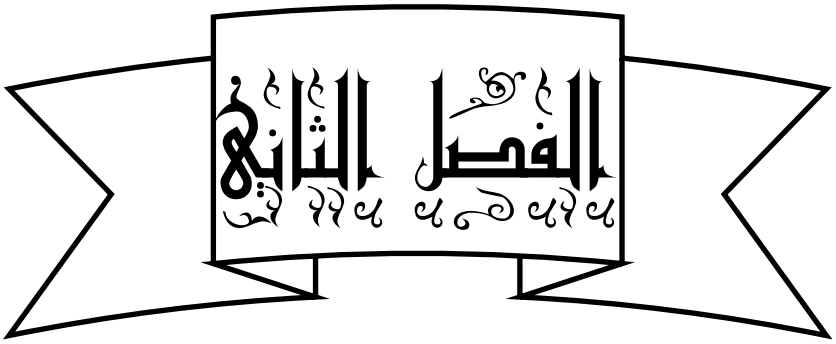
أولا: إن ما ذهب إليه المشرعان التونسي والفرنسي يتفق مع ما قال به الدكتور محمد المختار السلامي، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور نصر فريد وصل، والدكتور سعد الدين هلالي في أنه يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقّن الزوج أن الحمل ليس منه.

ثانيا: إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لوسائل نفي النسب بشكل صريح، وهذا يلاحظ من خلال نص المادة 41 من ق.أ.ج على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، لكن الواقع أن القضاء الجزائري لا يُجَوِّز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد إلاّ عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها بأسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل[2]، فهو بذلك يتفق مع عامة الفقهاء المعاصرين وقرار مجمع الفقه الإسلامي بالرابطة[3]، وكذا نفس الأمر في قانون الأحوال الشخصية المصري وقانون الأحوال الشخصية اللبناني.

1- الرفاعي، المرجع نفسه، 716.

2- قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 296020، بتاريخ: 2002/12/25م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 2004م، العدد: 01، ص289.

3- قرار مجمع الفقه الإسلامي بالرابطة: "لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"، ينظر: القرار السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي- مكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين: 21-26 من شوال 1422هـ، الموافق لـ: 5-10 يناير 2002م، 359/3.



نطاق التطورات الطبية والبيولوجية

في قضايا الميراث

توطئة:

إن علم الميراث له مكانة عظيمة في الفقه الإسلامي، فقد تولى الله قسمته بنفسه بين ورثة الميت، وهذا درءا لكل فتنة تنشأ بينهم، وبيّن أحكامه في القرآن الكريم، حيث جاءت آياته مفصلة في إعطاء كل ذي حق حقه، يتناسب مع قوة درجة كل وارث بالنسبة لمورّثه؛ لأن المال سبب من أسباب حدوث النزاع والخصومات بين أقرباء الورثة، فهو نظام عادل ومحكم.

فعلم الميراث يحدد أصحاب الورثة، ومدى قرابتهم من مورّثهم، فهو يحدد نصيب كل واحد منهم بحسب قوة القرابة، فبذلك يكون الإرث واضحا متى توافرت أسبابه، وشروطه، وانتفت موانعه، ومع ذلك فقد يتردد الميراث بين الوجود والعدم كما هو في الحمل والمفقود (الجثث المفحمة)، وبين الانفراد والتعدد كما هو في الحمل، وبين الذكورة والأنوثة كما هو في الحمل والخنثى، وبين الغرقى والهدمى من حيث عدم التيقن من أسبقية الوفاة، وغيرها.

في زماننا هذا قد تطور الطب واستطاع أن يحل الكثير من هذه المشاكل التي تعيق قسمة التركة، بحيث أصبح من السهل أن نعرف وجود الحمل عن طريق فحص البول مخبريا، والتصوير الشعاعي، ومعرفة تعدد الحمل عن طريق سماع ضربات القلب في مكانين مختلفين من بطن الحامل، وكذلك باستعمال موجات فوق الصوتية، ومعرفة جنس الخنثى عن طريق معايير طبية وبيولوجية إمّا على مستوى الصبغيات، أو على مستوى الغدة التناسلية، أو فحص الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنية، ومعرفة هوية الأشخاص المفقودين في الحرب بشكل دقيق، وتحديد زمن الوفاة بدقة متناهية من خلال التحليل البيوكيميائي للجثث، وغيرها، وبالتالي فإن الطب الشرعي له دور كبير في إثبات الحقوق لأهلها، كحصر الإرث وإثباته لأقارب الميت.

من هذا المنطلق قسمت هذا الفصل إلى أربعة مباحث، مبحث أول تناولت فيه الطب الشرعي وأثره في إثبات ميراث الحمل، ومبحث ثان تناولت فيه الطب الشرعي وأثره في إثبات ميراث الخنثى، ومبحث ثالث تناولت فيه الطب الشرعي وأثره في إثبات ميراث الموت الجماعي، ومبحث رابع تناولت فيه الطب الشرعي وأثره في إثبات تصرفات مريض مرض الموت في الميراث.

المبحث الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل

يعتبر ميراث الحمل من أهم المسائل التي أشكلت على الفقهاء في تحديد وجوده أثناء موت مورثه بالإضافة إلى تحديد نصيبه من الميراث باعتبار أن الورثة لا ينتظرون ولادته؛ لأنه يشكل عندهم عائق في تعطيل مصالحهم ممّا أدى بالفقهاء إلى الاجتهاد في معرفة وجوده أثناء موت مورثه وإعطاء نصيبه فظهر بذلك الاختلاف بين الفقهاء في أقل مدة الحمل وأقصاها وهذا لمعرفة وجود الحمل أو عدمه، كما أنهم اختلفوا أيضا في تحديد نصيبه بين الذكورة والأنوثة، وبين تعدد الحمل وعدمه، وبفضل التطورات الطبية والبيولوجية استطاع الطب الحديث أن يعرف وجود الحمل عن طريق تحاليل الدم والبول، بالإضافة إلى معرفة جنس الجنين وتعدده عن طريق استخدام الموجات الفوق صوتية، من هذا المنطلق يمكن طرح إشكالية مفادها كالتالي: ما أثر التطورات الطبية والبيولوجية في تحديد ميراث الحمل؟.

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت المبحث إلى مطلبين، مطلب أول تناولت فيه مفهوم ميراث الحمل وشروط توريث الحمل، ومطلب ثان تناولت فيه معيار التحقق من إثبات ميراث الحمل بين الطب الشرعي وآراء فقهاء الإسلام والقانون المقارن.

المطلب الأول: مفهوم ميراث الحمل وشروط توريث الحمل

الفرع الأول: مفهوم ميراث الحمل

يعرف ميراث الحمل باعتبارين، باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة ميراث، وكلمة الحمل، وباعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا.

أولا: تعريف ميراث الحمل باعتبار مفرديه

لقد مرّ بنا تعريف الميراث لغة واصطلاحا في الفصل الأول من الباب الأول[1]، لكن نعيد التعريف الاصطلاحي للميراث حتى نستطيع أن نجمع بين تعريف الميراث وتعريف الحمل لاستخراج تعريف ميراث الحمل باعتباره مركبا إضافيا.

1- ينظر: ص64-65 من البحث.

1- تعريف الميراث اصطلاحا: حقّ قابل للتّجزّؤ يثبت لمستحقّه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها[1].

2- تعريف الحمل لغة واصطلاحا:

أ- تعريف الحمل لغة: الحَمْلُ ما كان في بطنٍ أو على رأس شجرةٍ، والحِمْلُ بالكسر: ما كان على ظهرٍ أو رأسٍ، يقال: امرأة حامِلٌ وحامِلَةٌ، إذا كانت حُبْلى[2].

ب- تعريف الحمل اصطلاحا: ما في بطن الآدميّة من ولد[3].

ثانيا: تعريف ميراث الحمل باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا: هو ما في بطن الآدمية للمتوفي عنه، وهي حامل به من ولد يرث أو يحجب بكل تقدير، أو يرث أو يحجب في بعض التقادير إذا انفصل حيا[4].

الفرع الثاني: شروط توريث الحمل

اتفق أهل العلم على أنه إذا مات الإنسان وترك جنينا في بطن أمه فإنه يرث إذا كان موجودا في الرحم حين موت مورِّثه أولا، وأن يولَد حيّا حياة مستقرة تظهر بعلامات كالبكاء والصراخ ونحوها ثانيا[5]، بالإضافة إلى قوانين الأحوال الشخصية اتفقت على أن ميراث الحمل يثبت بشرطين: أن يكون موجودا في رحم أمه حين موت مورِّثه، وأن يولَد حيّا حياة مستقرة.

الشّرط الأوّل: التحقق من وجود الحمل وقت وفاة مورثه

يتم التحقق من وجود الحمل وقت وفاة مورثه بأن يولد المولود في مدة يتيقن فيها أو يغلب على الظن وجوده في بطن أمه وقت وفاة مورثه، وهذه المدة هي مدة الحمل[6]، بالإضافة إلى هذا هناك

1- إبراهيم الفرضي، المرجع السابق، 16/1.
2- الجوهري، المصدر السابق، 1015/4.
3- البهوتي، المصدر السابق، 461/4.
4- الفوزان، المرجع السابق، ص217.
5- القرطبي، المصدر السابق، 50/5.
6- الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7882/10.

علامات يعرف بها وجود الحمل وقت وفاة مورثه، وهي علامات ظنية وأخرى تأكيدية.

أولا: العلامات الظنية:

أ- انقطاع الطمث: ينقطع عند الحامل بعد تلقيح البويضة، ولا يعود إلا بعد إفراغ الرحم من محتواه، إما بالولادة أو الإجهاض.

ب- تبدل الثديين: فهما يتضخمان ويتوتر جلدهما، وتبرز الحلمة ويتبدل لونها وتتلون الهالة المحيطة بالحلمة، وقد تبرز فيها حبيبات صغيرة.

ث- ازدياد حجم الرحم: في نهاية الشهر الثاني يصل إلى حجم البرتقالة، وهو يرتفع فوق حد عظمة العانة العلوي بحدود أربعة سنتمترات في الشهر الواحد، ويستعمل قياس طول الرحم من أعلى حرف العانة حتى قاعدة الرحم لاحتساب عمر الحمل.

ج- احتقان الفرج وتلين عنق الرحم: وتشكل خط أسمر على جدار بطن المرأة الحامل، وكذلك فرز الحملية ابتداء من الشهر الرابع.

ح- ازدياد التبول.

إن الكثير من العلامات الظنية قد تشاهد في حالات مرضية غير الحمل، وعليه لا بد من الاعتماد على العلامات التأكيدية.

ثانيا: العلامات التأكيدية: وهي تبدأ بالظهور في النصف الثاني من الحمل.

أ- تحسس ورؤية حركات الجنين: وهذه تبدأ عند أوليات الحمل في نهاية الأسبوع العشرين، وعند الولادات بين الأسابيع 16-18.

ب- ملامسة أجزاء الجنين.

ث- سماع دقات قلب الجنين: بدءا من الشهر السادس.

ج- فحص البول مخبريا: ويعتمد على وجود هرمون خاص بالبول، وقد تطورت هذه التحاليل حتى أمكن إجراؤها بعد أيام قليلة من انقطاع الطمث.

ح- الصور الصوتية (Echographie ultrasonique – Ultrasonic ecography): وهي وسيلة سليمة وأكيدة.

خ- التصوير الشعاعي (Radiographie – Radiography): وهذا يكشف عن وجود عظام الجنين، ولكنه خطر وغير مرغوب فيه.

والفحص المخبري لبول المرأة التي توقف الطمث عنها يظل الفحص الأسلم والأسرع والأقل تكلفة خاصة في هذه الأيام[1].

وخلاصة القول: يقول السرخسي في هذا الصدد: "وإنّما شرطنا وجوده في البطن عند موت المورِّث؛ لأنّ الوراثة خِلافة والمعدوم لا يُتصوّر أن يكون خَلَفًا عن أحد فأدنى درجات الخلافة الوجود، فإنْ قيل الخلافة لا تتحقّق إلّا باعتبار صِفة الخلافة؛ لأنّ الميِّت لا يكون خَلَفًا عن الميِّت وأنتم لا تعتبرون ذلك بل تقولون: وإن كان نطفة في الرّحم عند موت المورِّث فإنّه يكون من جملة الورثة ولا حياة في النّطفة قلنا نعم تلك النّطفة في الرّحم ما لم تفْسُد فهي مُعَدَّة للحياة ولأن يكون منها شخص حيّ فيُعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل"[2].

وفي هذا الشرط اختلف الفقهاء في مدة الحمل التي يثبت بها ميراث الحمل، وسأرجعه في المطلب الثاني، وأبين فيه موقف الفقه الإسلامي في تحديد أقل مدة الحمل وأقصاها، ثم رأي الطب الحديث فيه.

الشرط الثاني: التحقق من ولادة الحمل حيا حياة مستقرة

يتم التحقق من ولادة الحمل حيا حياة مستقرة بظهور علامات الحياة كالبكاء والصراخ ونحوها حتّى تعتبر حياته عند الولادة امتدادا لحياته في بطن أمّه، ويستدل على هذا بالسنة النبوية والإجماع.

أولا: السنة النبوية

1- عن أبي هريرة –رضي الله عنه- عن النّبيّ -صلّى الله عليه وسلّم- قال: «**إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وُرِّثَ**»[3]، ومعنى استهل: بكى عند ولادته برفع صوت، وقيل معنى الاستهلال أن يوجد منه دليل

1- شحرور، المرجع السابق، ص149-150.

2- السرخسي، المصدر السابق، 51/30.

3- أخرجه أبو داود، كتاب الفرائض، باب في المولود يستهلّ ثمّ يموت، رقم الحديث: [2920]، 128/3. والبيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب ميراث الحمل، رقم الحديث:[12485]، 421/6. صححه الألباني، ينظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، مرجع سابق، 147/6.

الحياة من بكاء، أو عطاس، أو حركة[1].

2- عن جابر-رضي الله عنه- قال: قال رسول اللّه صلّى الله عليه وسلّم: «**إِذَا اسْتَهَلَّ الصَّبِيُّ صُلِّيَ عَلَيْهِ وَوَرِثَ**»[2].

ثانيا: الإجماع

يقول القرطبي –رحمه الله-: "وأجمع أهل العلم على أنّ الرّجل إذا مات وزوجته حُبلى أنّ الولد الّذي في بطنها يرث ويورث إذا خرج حيّا واستهلّ وقالوا جميعا: إذا خرج ميّتا لم يرث"[3].

وعند الرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه نص على أن من شروط توريث الحمل أن يولد حيا تظهر علية علامات الحياة المستقرة كالبكاء، أو الصراخ، أو نحوها، وهذا من خلال المادة 134 من ق.أ.ج على أنه:" لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، كما أننا نجد معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية أخذت بهذا، مثل مدونة الأحوال الشخصية المغربية، حيث نصت في المادة 331 من م.أ.ش.م على أنه:" لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراخ أو رضاع ونحوهما"، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث نصت المادة 331 من ق.أ.ش.ك على أنه:" إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدّته، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة، لا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين:

الأولى: أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة، ومات المورث أثناء العدة.

1- الفوزان، المرجع السابق، ص217.

2- أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الفرائض، باب إذا استهلّ المولود ورث، رقم الحديث:[2750]، 919/2. والبيهقي في سننه، كتاب الجنائز، باب السّقط يغسّل ويكفّن ويصلّى عليه إن استهلّ أو عرفت له حياة، رقم الحديث:[6784]، 13/4. صححه ابن حبان في صحيحه، كتاب الفرائض، ذكر الإخبار بأنّ من استهلّ من الصّبيان عند الولادة ورثوا، وورثوا، واستحقّوا الصّلاة عليهم، رقم الحديث:[6032]، 392/13.

3- القرطبي، المصدر السابق، 50/5.

الثانية: أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة".

وفي هذا الشرط أيضا اختلف الفقهاء في الحياة التي يثبت بها ميراث الحمل، وسأرجعه في المطلب الثاني وأبين فيه مدى اختلاف فقهاء الإسلام فيه ثم رأي الطب في ذلك.

الفرع الثالث: موقف فقهاء الإسلام من قسمة التركة قبل وضع الحمل

إذا مات الإنسان عن ورثة فيهم حمل يرث معهم أو يحجب معهم أو يحجب بعضهم، فإن رضوا بتأخير القسمة إلى وضع الحمل فهو أولى خروجا من الخلاف، ولتكون القسمة مرة واحدة، وإن لم يرضوا وطالبوا بالقسمة، فهل يُمَكّنون من ذلك على قولين[1]:

القول الأول: ذهب المالكية إلى أن التركة لا تقسم بحيث توقف إلى وضع ذلك الحمل أو اليأس منه؛ ليُعلم على أيّ جزء تُقسَّم، وإنّما لم يُعجَّل القسْمُ بين الموجودين لِلشّكّ هل يوجد من الحمل وارث أم لا وعلى وجوده هل هو مُتَّحِد أو مُتعَدِّد وعليهما هل هو ذكر أو أنثى أو مُخْتَلِفٌ، وهذا هو المشهور[2].

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] على أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة، فأكثر أهل العلم قالوا: يوقف للحمل شيء، ويُدفع إلى شركائه الباقي، لأن تأخير قسمة التركة فيه إضرار الورثة.

الراجح:

من خلال النظر إلى أدلة الفريقين يتبين للباحث أن القول الثاني هو الصواب؛ لأن تأخير القسمة فيه إضرار الورثة لا سيما إذا كانوا فقراء، ومدة الحمل قد تطول، وعليه فإن التركة تقسم بين

1- الفوزان، المرجع السابق، ص221.

2- الخرشي، المصدر السابق، 224/8. الدسوقي، المصدر السابق، 487/4.

3- الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، ومعه الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق القاهرة، ط1: 1313هـ، 241/6.

4-النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 38/6-39.

5- ابن قدامة، المصدر السابق، 382/6.

الورثة، بحيث يوقف للحمل شيء، ويُدفع إلى شركائه الباقي إذا كانوا أصحاب فروض بشرط لا يحجبُهم الحَمل بحال، ولهم مُقَدَّر لا يُنقص، أمّا من احتمل حجبهم بالحمل، لم يدفع إليهم شيء.

وعند الرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أن قانون الأسرة الجزائري أخذ برأي الجمهور على أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة، وهذا من خلال نص المادة 173 من ق.أ على أنه: يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها، كما أن قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية أخذت بمذهب الجمهور أيضا، مثل قانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث نصت المادة 329 على أنه:" يوقف للحمل من تركة المتوفي أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى". وقانون الأحوال الشخصية التونسي، حيث نص في الفصل147 على أنه: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة".

المطلب الثاني: معيار التحقق من إثبات ميراث الحمل بين الطب الشرعي وآراء فقهاء الإسلام والقانون المقارن

من المعلوم فقها وقانونا أن إثبات ميراث الحمل يتطلب شرطين أساسين هما التحقق من وجود الحمل وقت وفاة مورثه أولا، والتحقق من ولادة الحمل حيا حياة مستقرة ثانيا، فأما التحقق من وجود الحمل وقت وفاة مورثه يكون بمعرفة مدة الحمل؛ أي: أقل مدة الحمل وأقصاها، وهذه سأتناولها وأبين موقف الطب الشرعي وفقهاء الإسلام والقانون منها.

وأمّا التحقق من ولادة الحمل حيا حياة مستقرة فقد اتفق الفقهاء على إثبات الحياة بالصراخ، أو العطاس، أو التثاؤب، أو الارتضاع أو غيره من العلامات التي تثبت الحياة المستقرة[1]، بينما اختلف الفقهاء في الحركة اليسيرة؛ وذلك أن الحركة اليسيرة قد لا تكون حركة حقيقية تدل على الحياة؛ بل

1- السرخسي، المصدر السابق، 50/30. القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1: 1994م، 403/12. الماوردي، المصدر السابق، 172/8. ابن مفلح، المصدر السابق، 395/5.

لعلها حركة موهومة؛ فكان التشدد في الحركة للتثبت من أنها حركة مبنية على وجود حياة حقيقية.

ومع التقدم العلمي اليوم في مجال الطب يتمكن الطبيب من خلاله من الوقوف على حياة الجنين في رحم أمه، بل سماع دقات قلبه، فلا يمكن أن يكون التحقق من هذا الشرط معضلة؛ وهو مردود إلى الجهة الطبية الموثوق بها لإثبات حياة الحمل، فيأتي دور الفقهاء في بناء الحكم على شهادة الأطباء ليس أكثر من ذلك، وهذا لا يتعارض مع حديث النبي-صلّى الله عليه وسلّم-: «**إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وُرِّثَ**»[1]، فالحديث إنما أشار إلى إثبات الحياة بوسائل تدل عليها دلالة واضحة؛ وهذا لا ينفي إثباته بكل وسيلة أخرى تدل على إثبات الحياة[2]، هذا من جهة شروط توريث الحمل.

أمّا تحديد تعدد الحمل وتعيين جنسه استطاع الأطباء الاستفادة بالموجات فوق الصوتية في كشف العديد من أسرار الحمل[3]، وفي هذا الصدد يقول الدكتور أيمن عمر العمر: "ولكن العلم الحديث استطاع تحديد عمر الحمل بدقة عالية تصل إلى يوم، بمعنى أن لو كان عمر الحمل يوما واحدا أو يومين لكان من الممكن الوصول إلى هذه النتيجة طبيا، كما يمكن للطب الحديث تحديد جنس الجنين قبل وضعه بمدة كبيرة وبدقة متناهية والإخبار بصورة قطعية عن تفاصيل جنسه وتعدده بواسطة التحاليل المخبرية لخلية من خلايا الجنين وفحص الجينات الوراثية، ويمكن الحصول على مثل تلك النتائج متناهية الدقة ولو في المراحل الأولى من الحمل بعد عملية الإخصاب والتحام الحيوان المنوي بالبيضة"[4].

من خلال هذه الديباجة قسمت المطلب إلى فرعين، فرع يتناول أثر الطب الشرعي في تحديد أقل مدة الحمل وأقصاها، وفرع يتناول أثر الطب الشرعي في تحديد تعدد الحمل وتعيين جنسه.

1- سبق تخريجه، ينظر، ص223.

2- مازن إسماعيل هنية، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية)، غزة – فلسطين، المجلد الثالث عشر- العدد الأول: يناير 2005م، ص74.

3- منير رياض حنا، المرجع السابق، ص163.

4- أيمن العمر، المرجع السابق، ص406.

الفرع الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في تحديد أقل مدة الحمل وأقصاها

أولا: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في تحديد أقل مدة الحمل

فالطب يقرر أن أقل الحمل الذي يمكنه العيش بعده ستة أشهر، وفي الواقع قليلا ما يعيش هذا المولود[1]، وهذا ما اتّفق عليه الفقهاء في أن أقل مدّة الحمل ستّة أشهر، لما روي أنّ رجلا تزوّج امرأة فجاءت بولد لستّة أشهر فأراد عثمان أن يقضي عليها بالحدّ، فقال له عليّ –رضي اللّه عنه–: ليس ذلك عليها، قال اللّه تعالى يقول: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[2]، وقال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[3]، فالرّضاع أربعة وعشرون شهرا والحمل ستّة أشهر، فرجع عثمان عن قوله ولم يحدّها"[4]، وهذه المدّة تحسب من وقت الزّواج وإمكان الوطء عند الجمهور[5]، ومن وقت عقد الزّواج عند الحنفيّة[6]، ومن وقت الخلوة بعد العقد عند الشّافعيّة[7].

ثانيا أثر التطورات الطبية والبيولوجية في تحديد أقصى مدة الحمل

قال ابن رشد: "واختلفوا في أطوَل زمان الحمل الّذي يلحِق به الوالد الولد، فقال مالك: خمس سنين، وقال بعض أصحابه: سبع، وقال الشّافعيّ: أربع سنين، وقال الكوفيّون: سنتان، وقال محمّد بن عبد الحكم: سنة، وقال داود: تسعة أشهر، وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتّجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية أقرب إلى المعتاد، والحكم إنّما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنّادر ولعلّه أن يكون مستحيلا"[8]، ويؤكد ترجيح ابن رشد –رحمه الله– الطب الحديث، حيث اعتبر أن مدة الحمل الطبيعية 280 يوما، تحسب من بدء آخر حيضة حاضتها المرأة، وبما أن الحمل يحدث في العادة في

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص451.
2- سورة الأحقاف، الآية: 15.
3- سورة البقرة، الآية: 233.
4- القرطبي، المصدر السابق، 126/16.
5- ابن رشد، المصدر السابق، 291/2. ابن قدامة، المصدر السابق، 121/8.
6- الكاساني، المصدر السابق، 211/3.
7- الشربيني، المصدر السابق، 7/5.
8- ابن رشد، المصدر السابق، 291/2.

اليوم الرابع عشر من بدء الحيض تقريبا، فإن مدة الحمل الحقيقية هي: 280-14=266 يوما[1]، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يرد ابن حزم على أقوال الفقهاء بعد أن ذكر أقوالهم في أقصى مدة الحمل بقوله: "وكلّ هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يُصَدَّقُ، وَلَا يُعْرَفُ من هو؟ لا يجوز الحُكم في دين اللّه تعالى بمثل هذا"[2]، واستدل ابن حزم على أن الحمل لا يزيد على سنة بقول عمر –رضي الله عنه– «**أَيُّمَا رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ قَعَدَتْ، فَلْتَجْلِسْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يَسْتَبِينَ حَمْلُهَا، فَإِنْ لَمْ يَسْتَبِنْ حَمْلُهَا فِي التِّسْعَةِ أَشْهُرٍ فَلْتَعْتَدَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بَعْدَ التِّسْعَةِ الَّتِي قَعَدَتْ مِنَ الْمَحِيضِ**»[3]، فهذا عمر لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر[4].

وما ورد من الفقهاء من أقوال في أقصى مدة الحمل ما هي إلا حكايات خرافية لا سند لها من الصحة مطلقا، يقول الدكتور محمد علي البار عن الحمل الكاذب: حالة تصيب النساء اللواتي يبحثن عن الإنجاب دون أن ينجبن، فتنتفخ البطن بالغازات وتتوقف العادة الشهرية، وتعتقد المرأة اعتقادا جازما بأنها حامل رغم تأكيد جميع الفحوصات المخبرية والطبية أنها غير حامل، وقد يحدث لإحدى هؤلاء الواهمات بالحمل الكاذب الذي تتصور أنه بقي في بطنها سنينا، قد يحدث أنها تحمل فعلا، فتضع طفلا طبيعيا في فترة حمله، ولكنها نتيجة وهمها وإيهامها من حولها من قبل تتصور أنها قد حملته لمدة ثلاث أو أربع سنين[5].

وخلاصة القول: إن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر وهذا ما ذهب إليه ابن حزم، وهو موافق لما توصل إليه الطب الحديث، وما زاد عن تسعة أشهر فهو جنين ميت، وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد علي البار: إلا أن الجنين قد يموت في بطن أمه ويبقى فيها أمدا طويلا، وهذا أمر معروف عند

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص451.

2- ابن حزم، المصدر السابق، 133/10.

3- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطّلاق، باب المرأة يحسبون أن يكون الحيض قد أدبر عنها، رقم الحديث:[11095]، 338/6.

4- ابن حزم، المصدر نفسه، 133/10.

5- محمد علي البار، المرجع نفسه، ص453-454.

الأطباء، وقد يتكلس الجنين بعد موته؛ أي: ترسب فيه أملاح الكالسيوم فيصبح مثل الجير، ثم يقذفه الرحم بعد فترة، وقد يقذفه على فترات متقطعة[1].

وعند الرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه نص في المادة 174 على أنه: "إذا ادعت المرأة الحامل وكذّبها الورثة، فإنها تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون، كما أنه اعتبر أقل مدة الحمل 06 أشهر، وأقصاها 10 أشهر وهذا ما نصت عليه المادة 42 من ق.أ.ج"، وهذا ما قرره الطب في العصر الحاضر أن الجنين الآدمي لا يزيد مكثه في رحم أمه عن تسعة أشهر إلا أسابيع قليلة، وقد يصل التأخر إلى شهر، وهناك إحصائية تبين أن وفاة المواليد عند الميلاد تزيد وتتضاعف بازدياد مدة الحمل عن 42 أسبوعا بسبب تلف المشيمة، كما أنه يذكر المختصون من الأطباء أنه يستحيل حدوث الحمل الممتد عدة سنين، بحيث أن الجنين منذ الشهر السادس ينمو نموا كبيرا، والأم الحامل لا طاقة لها على حمله وإمداده بالغذاء إذا استمر وجوده في رحمها عدة سنين، فالجنين يكون وزنه في نهاية الشهر السادس (700) جرام، وفي نهاية السابع (1200) جرام، وفي نهاية التاسع (3400) جرام[2].

وبناء على ذلك يفرق الدكتور بلحاج العربي بين الحمل من الميت ومن غير الميت، فإذا كان الحمل ولدا للمتوفي نفسه بأن ترك زوجته حاملا منه أو معتدة منه فيثبت نسب الحمل من الميت ويرثه إن وضعته في مدة أقصاها 10 أشهر من تاريخ الوفاة، وإلا فلا نسب ولا ميراث (م42، وم43 من ق.أ.ج)، وأمّا إن كان الحمل من غير الميت بأن ترك زوجة أبيه أو زوجة ابنه حاملا، أو ترك أمه حاملا من غير أبيه، أو غير ذلك من الأمثلة، فلا بد لثبوت إرثه من المورث أن يولد في أقل مدة الحمل بعد موت المورث وهي 06 أشهر (م42 من ق.أ.ج).

وسبب التفرقة بين الحالتين أننا نريد في الحالة الأولى إثبات حملها منه ثم توريثه بعدئذ، فأخذنا بأقصى مدة الحمل، أما في الحامل من غير المتوفي فإننا لا نريد إثبات الحمل من أبيه فذلك له قواعده العامّة، ولكننا نريد التأكد من وجوده عند وفاة المورِّث، وذلك متأكد خلال مدة الحمل من وفاة

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص453.

2- الأشقر، الحيض والنفاس والحمل بين الفقه والطب، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس- بيروت، ط1: 2001م، 175/1.

المورث، وما زاد على ذلك فأمر مشكوك فيه، والميراث خلافة فلا يثبت بالشك[1].

أمّا معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية قد أخذت برأي محمد بن عبد الحكم، وهو سنة شمسية مع التسامح في الفرق بين السنتين الهجرية والشمسية[2]، كقانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 169، والتونسي في المادة 69، والأردني في المادة 157، والمصري في المادة 15، ولعلّ السبب في ذلك هو الاحتياط باعتبار أن الشارع يحتاط للأنساب، ويكتفي في إثباتها بأدنى الأسباب، وفي هذا الصدد يقول ابن قدامة: "إنّ النّسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التّشديد في نفيه، وأنّه لا ينتفي إلّا بأقوى الأدلّة"[3]، ولا شك أن أقصى مدة الحمل سنة هو عين الاحتياط، فإذا أثبتنا النسب له فإنه يثبت الميراث له أيضا.

الفرع الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في تحديد تعدد الحمل وتعيين جنسه

إن القائلين –جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة– بتقسيم التركة قبل وضع الحمل اختلفوا فيما بينهم في المقدار الذي يوقف للحمل على أقوال؛ باعتبار أن الحمل قد يتعدد، كما قد يكون ذكرا أو أنثى.

القول الأول: المفتى به عند الحنفية أنه يوقف للحمل حظُّ ابن؛ أي: إذا ترك الميّت امرأته حاملا أو غيرها ممّن يرثه ولدها وقف لأجله نصيب ابن واحد، وهذا قول أبي يوسف –رحمه اللّه–؛ لأنّ ولادة الواحد هو الغالب، والأكثر منه موهوم، والحكم للغالب، ويؤخذ كفيلا من الورثة على قوله لاحتمال أن يكون أكثر، وهذا إذا كان في الورثة ولد، وإن لم يكن في الورثة ولد، والحمل من الميّت يعطى كلّ وارث منهم نصيبه على تقدير أنّ الحمل ذكر أو أنثى أيّهما أقلّ، وإن كان على أحد التّقديرين يرث دون الآخر فلا يُعطى شيئا، وكذا إذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيّا، وعلى تقدير

1- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ط4: 2010م، ص369.

2- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، تحت إشراف: د/ نصيرة دهينة، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية قسم: الشريعة، السنة الجامعية: 2005-2006، ص48.

3- ابن قدامة، المصدر السابق، 127/6.

ولادته ميِّتا يرث فلا يُعطى شيئا للاحتمال، وإن كان نصِيبُه على أحد التّقديرين أكثر يُعطى الأقلَّ للتّيقُّن به، ويوقف الباقي[1].

القول الثاني: الأصحّ أو الصّحيح عند الشافعية أنّه لا ضابط لِأقصى عدد الحمل؛ لأنّه وجد خمسة في بطن، واثنا عشر في بطن، ويُنظر في الورثة الظّاهرين، فمن احتمل حجبه بالحمل، لم يدفع إليه شيء ومن لا يحجبه الحمل بحال وله مقدّر لا ينقص دفع إليه[2].

القول الثالث: ذهب الحنابلة إلى أنّه يوقف للحمل الأكثر من إرث ذكرين أو أنثيين؛ لأنّ ولادة التّوأمين كثيرة معتادة[3].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة المذاهب يتضح للباحث أن تعدد الحمل وتعيين جنسه يرجع فيه إلى أهل الخبرة من علماء الطب، بحيث استطاع الطب الحديث أن يكشف على حالة التوأم في الأشهر الأولى، كما أنه يمكن تحديد جنس الجنين أيضا عن طريق التحاليل المخبرية والتصوير الشعاعي، فالنسبة إلى معرفة تعدد الحمل فإن الطبيب يستطيع أن يشخص وجود التوأم إذا سمع ضربات القلب في مكانين مختلفين من بطن الحامل، وكذلك يستطيع تشخيص ذلك بالموجات فوق الصوتية[4].

وعندما يلتبس التشخيص فيمكن أن نلجأ إلى التصوير الشعاعي الذي يوضح التشخيص ويؤكده بشكل قاطع اعتبارا من الشهر الخامس للحمل، كما يمكن استعمال الموجات فوق الصوتية لكشف الحمل التوأمي ابتداء من الأسبوع الثاني عشر من الحمل عندما نرى كيسين مختلفين ورأسين[5]، وأما تحديد جنس الجنين أثناء الحمل فيمكن الكشف عنه في الرحم بطريقتين، الأولى بفحص السائل الأمينوسي، والثانية باستخدام الموجات الفوق صوتية، وفيما يلي إيضاح ذلك:

1- الزيلعي، المصدر السابق، 241/6.
2- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 38/6-39.
3- المصدر نفسه، 461/4.
4- منير رياض حنا، المرجع السابق، ص163.
5- المرجع نفسه، ص156.

أولا: فحص السائل الأمينوسي (Amniocentèse - Amniocentesis)

وتتمثل هـذه الطريقة في غرز إبرة دقيقة لسحب كمية من السائـل الأمينوسي المحيط بالـجنين داخـل كيس السلى الموجود بالرحم، ويصل حجم هذا السائل الأمينوسي حوالي لترا ونصفا، وتتكاثر فيه بعض الخلايا الجنينية، ويسحب كمية معينة من هذا السائل، يمكن فحص هذه الخلايا الجينية لمعرفة ما إذا كانت تحمل صفة الذكورة (Y)، أو تحمل صفة الأنوثة (X)، وبالتالي يمكن الكشف عن جنس الجنين ومعرفة ما إذا كان الجنين ذكرا أو أنثى، ووفقا لعلم الأجنة وكما سبق إيضاحه فإن هذه الطريقة لا يمكن إجراؤها إلا بعد مضي أربعة أشهر على الأقل من وقت الإخصاب[1].

ثانيا: استخدام الموجات الفوق صوتية (Ultrasons – Ultrasound)

تتمثل في الكشف على رحم الأم بالأشعة أو الكشف بما يعرف بالموجات فوق الصوتية باستخدام جهاز السوند جرام لتمييز الأعضاء الذكرية من الأعضاء الأنثوية[2].

وفي ضوء التطورات الطبية والبيولوجية الحديثة التي وصل إليها الطب الشرعي في مجال تشخيص الأجنة من حيث تعدد الحمل وتعيين جنسه يجب أن يكون هذا التشخيص من طرف خبيرين ممن يوثق فيهما بالصلاح وإتقان العمل والتريث في إعطاء النتائج النهائية لحالة الحمل؛ لأن كثيرا من الوقائع والحالات يخبر الطبيب فيها عن حالة الحمل ثم يتبن بعد ذلك خلاف ما ذكره، يقول الدكتور محمد أيمن عمر العمر: إلا أن الحكم بالجواز منوط بقدرة الخبير على استعمال هذه الوسائل وفق المعايير الصحيحة وسلامتها من العيوب الفنية وتكرر إصابتها؛ ذلك أن الكثير من الوقائع والأحداث أثبتت عدم صحة ما يخبر به الطبيب عن نوع الجنين من حيث الذكورة والأنوثة بسبب عدم الدقة في استخدام الأجهزة الطبية الكاشفة عن مثل هذا الأمر[3]، لهذا يرجع في تشخيص الحمل إلى طبيبين مختصين فأكثر سدا للذريعة.

وعند الرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أن قانون الأسرة الجزائري أخذ برأي الحنفية وهذا من خلال نص المادة 173 من ق.أ.ج على أنه: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت

1- أمين منتصر، العلم بما في الأرحام القرآن الكريم يحسم الجدل نهائيا، دار الفكر العربي- القاهرة، ط1: 2005م، ص21.
2- المرجع نفسه، ص22.
3- أيمن العمر، المرجع السابق، ص407.

واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها"، نلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه المادة لم يتكلم عن تعدد الحمل، كما أنه أغفل الكفيل الذي يحفظ مال الحمل، ولعلّ أنّه أراد أن يرجعنا إلى المادة 222 من ق.أ ج التي تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

أمّا معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية فقد أخذت برأي أبي يوسف، وهو المفتى به عند الحنفية كقانون الأحوال الشخصية المصري نصت المادة 42 على أنه: "يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى"، وقانون الأحوال الشخصية السوري نصت المادة 611 على أنه: "يوقف للحمل من تركة المتوفى أكبر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى"، وغيرها.

المبحث الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الخنثى

إن ما ذكره الفقهاء من كيفية توريث الخنثى، ومعرفة ما هو أقرب إليه من أحد الجنسين وهذا من خلال اعتبار المبال، وقد يتعذر معرفة هذا إذا ما كان خنثى مشكل، لهذا كان التقدم العلمي له أثر كبير في تحديد جنس الخنثى، وبالأحرى أنه قد تجرى له عملية جراحية التي من خلال تحدد له نوع جنسه أو تصحيحه، من هذا المنطلق يمكن طرح إشكالية رئيسية مفادها كالتالي: ما أثر التطورات الطبية والبيولوجية على إثبات ميراث الخنثى؟ ويندرج تحتها إشكاليات فرعية من أهمها: هل للطب الحديث دور في معرفة جنس الخنثى؟ ما الحكم الشرعي في جراحة الخنثى وكيف يعامل في إثبات إرثه؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت المبحث إلى ثلاثة مطالب، مطلب أول تناولت فيه مفهوم ميراث الخنثى، وأنواع الخنثى، ومطلب ثان تناولت فيه معيار تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي والطب الحديث، ومطلب ثالث تناولت في ميراث الخنثى في الفقه الإسلامي والقانون المقارن.

المطلب الأول: مفهوم ميراث الخنثى، وأنواع الخنثى

الفرع الأول: مفهوم ميراث الخنثى (Hermaphrodite)

لقد مرّ بنا تعريف الميراث لغة واصطلاحا في الفصل الأول من الباب الأول[1]، لكن نعيد التعريف الاصطلاحي للميراث حتى نستطيع أن نجمع بين تعريف الميراث وتعريف الخنثى لاستخراج مفهوم ميراث الخنثى باعتبار أنه مركب إضافي.

1- تعريف الميراث اصطلاحا: حقّ قابل للتّجزّؤ يثبت لمستحقّه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها[2].

2- تعريف الخنثى لغة واصطلاحا:

أ- تعريف الخنثى لغة: خَنِثَ خَنَثًا فهو خَنِثٌ من باب تَعِبَ إذا كان فيه لين وتكسُّر، والجمع:

1- ينظر: ص64-65 من البحث.

2- إبراهيم الفرضي، المرجع السابق، 16/1.

خَنَاثى، مثل الحَبالى، وخِناثٌ، والخنثى الذي خُلق له فرج الرّجل وفرج المرأة والجمع خِناث، والخنثى أيضا الذي لا يخلُص لذكر ولا أنثى، يقال: رجلٌ خنثى: له ما للذّكر والأنثى، والخنثى: الذي له ما للرّجال والنّساء جميعا، والانخناث: التثنّي والتّكَسُّر. وخنِثَ الرجل خَنَثاً، فهو خَنِثٌ، وتخَنَّثَ، وانْخَنَثَ: تثَنَّى وتكسَّر، والأنثى خَنِثَةٌ. وخَنَّثْتُ الشيءَ فتَخَنَّثَ والمِخَنَّثُ من ذلك لِلينه وتَكَسُّره[1].

ب– تعريف الخنثى اصطلاحا:

– **تعريف الخنثى في الفقه الإسلامي:** ورد تعريف الخنثى عند الفقهاء بتعريفات متقاربة ومتشابهة في المعنى منها:

* **الحنفية:** من له آلة الرّجال والنّساء، والشّخص الواحد لا يكون ذكرا وأنثى حقيقة، فإمّا أن يكون ذكرا، وإمّا أن يكون أنثى[2].

* **المالكية:** وحقيقة الخنثى، سواء كان مشكِلا أم لا من له آلة المرأة وآلة الرّجل، وقيل يوجد منه نوع ليس له واحدة منهما، وله مكان يبول منه، ولا يُتصَوّر أن يكون أبا، ولا أمّا، ولا جدّا، ولا جدّة، ولا زوجا، ولا زوجة؛ لأنّه لا يجوز مناكحته ما دام مشكلا[3].

* **الشافعية:** وهو الذي له فرج الرجال وفرج النساء[4].

* **الحنابلة:** هو الذي له ذكر وفرْج امرأة، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول. وينقسم إلى مشكِل وغير مشكل، فالذي يتبيّن فيه علامات الذّكوريّة، أو الأنوثيّة، فيُعلم أنّه رجل، أو امرأة، فليس بمشكل، وإنّما هو رجل فيه خِلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة[5]. أو هو من له ذكر الرّجال وفرج النّساء هذا هو المشهور فيه وقيل يوجد نوع منه ليس له واحد منهما وله ثقب بين فخذيه يبول منه لا يشبه أحد الفرجين[6].

1– الجوهري، المصدر السابق، 171/1. ابن منظور، المصدر السابق،5 /163. الفيومي، المصدر السابق، ص111–112. الفيروز آبادي، المصدر السابق، ص168.

2– الكاساني، المصدر السابق، 327/7.

3– الخرشي، المصدر السابق، 266/8.

4– الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 418/2.

5– ابن قدامة، المصدر السابق، 336/6.

6– عليش، المصدر السابق، 702/9.

– تعريف الخنثى في الطب:

*هو الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة[1].

* اعتلال في جسم الإنسان، يتميز بوجود أنسجة مبيضية وأنسجة ذكرية، وهو نوع من أنواع التشوه الذي يحصل في فترة تكون الجنين[2].

– تعريف الخنثى في قانون الأحوال الشخصية:

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري أحكام الخنثى باعتبار أنه حالة نادرة جدا، وإذا وجد فإنه يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للماة 222 من ق.أ.ج، وكذلك نفس الأمر في قوانين الأحوال الشخصية العربية إلا في بعض البلدان الإسلامية وهي قليلة جدا كقانون الأحوال الشخصية المعمول به في المحاكم الشرعية بقطاع غزة تناول تعريف الخنثى كما جاء في المادة 633 ونصها: "الخنثى هو إنسان له آلة رجل وامرأة أو ليس له شيء منهما"[3]، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي إلاّ أنه تناول خنثى المشكل فقط كما جاء في المادة 334 على أنه: "هو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى، أدنى الحالين".

نلاحظ من خلال التعريفات التي وردت في الفقه الإسلامي، والطب، وقانون الأحوال الشخصية كلها تؤدي نفس المعنى من تعريف الخنثى وإن اختلف الألفاظ؛ لأن العبرة بالمعاني والمقاصد لا الألفاظ والمباني، أما تعريف الخنثى في الطب نلاحظ عليه أكثر دقة من تعريف الفقهاء؛ لأنه عرف الخنثى بأن تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة، والغامضة تشمل خنثى مشكل وغير مشكل، والتعريف من شروطه أن يكون جامعا مانعا.

1- محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، بحث مقدم ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء: 03، العدد: 06، ص282.

2- Yves Morin, Petit Larousse de la médecine, citée précédemment, P 427

3- عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة- وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، تحت إشراف سماحة الدكتور: مازن إسماعيل هنية، قدمت خطة هذه الرسالة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، 2008م، ص12.

ثانيا: تعريف ميراث الخنثى باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا

من خلال النظر إلى المعنى الاصطلاحي لكل من كلمة الميراث وكلمة الخنثى يتضح للباحث معنى ميراث الخنثى باعتباره مركبا إضافيا بأنه: هو من جرى الخلاف في توريثه بسبب أعضائه الجنسية الظاهرة الغامضة التي لا يمكن تحديدها بشكل دقيق.

الفرع الثاني: أنواع الخنثى

أولا: أنواع الخنثى في الفقه الإسلامي

الخنثى في الفقه الإسلامي على نوعين، خنثى غير مشكل، وخنثى مشكل.

1- خنثى غير مشكل أو الواضح: هو الذي ترجحت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة، كأن تزوج فولد له ولد، فهذا رجل، أو تزوج فحملت، فهي أنثى، ويطبق عليه حكم كل منهما، وإن بال من آلة الرجال فهو رجل، والآلة الأخرى زيادة خَرْق في البدن، وإن بال من آلة النساء فهو أنثى، والآلة الأخرى زيادة نتوء في البدن، وعليه فإنه يختبر بالتبول، وظهور اللحية، والحيض، فإن لحق بالرجال ورث ميراث الرجل، وإن لحق بالنساء ورث ميراثهن[1].

2- **خنثى مشكل:** هو من أشكل أمره، فلم تعرف ذكورته من أنوثته، كأن يبول مما يبول منه الرجال والنساء معاً، أو يظهر له لحية وثديان في آن واحد[2]، وهو نوعان، نوع له آلتان، واستوت فيه العلامات، ونوع ليس له واحدة من الآلتين وإنّما له ثقب[3].

ثانيا: أنواع الخنثى في الطب الحديث

يفرق أهل الطب بين نوعين من الخنوثة ليس على أساس الشكل الظاهر فحسب كما يفعل الفقهاء، بل أيضا على أساس التكوين العضوي الداخلي للغدد الجنسية، ولهذا قالوا بوجود نوعين من الخنوثة:

1- الزحيلي، الفقه الإسلاميّ وأدلّته، 7900/10.
2- المرجع نفسه، 7900/10.
3- الموسوعة الفقهية الكويتية، 22/20.

1- **الخنثى الحقيقية (Hermaphrodite vraie – True hermaphrodite)**: هي التي تجمع في أجهزتها الخصية والمبيض، وهذه الحالة نادرة جدا.

2- **الخنثى الكاذبة (Pseudo-hermaphrodisme – Pseudo-hermaphrodism)**: هي التي تكون فيها الغدد التناسلية من الجنس نفسه (إما مبايض وإما خصي) بينما تكون الأعضاء التناسلية الظاهرة مخالفة لجنس الغدد التناسلية، وهذه الحالة ليست نادرة بل توجد بنسبة مولود واحد من كل 25 ألف ولادة[1]، وهي أنواع:

أ- الخنثى التي أصلها أنثى وظاهرها ذكر: تكون هذه الحالة أنثى على مستوى الصبغيات (Chromosomes) الجنسية؛ أي: (XX) وعلى مستوى الغدة التناسلية؛ أي: لها مبيض، ولكن نتيجة إفراز هرمون الذكورة من الغدة الكظرية (فوق الكلية) أو استخدام هرمونات لها تأثير نحو الذكورة مثل هرمونات البناء أو هرمون البروجستون، فإن خط سير الأعضاء التناسلية الظاهرة نحو الذكورة، وذلك بنمو البظر نموا كبيرا حتى يشبه القضيب، ويلتحم الشفران الكبيران مما يجعلهما يشبهان كيس الصفن، والفرق بينهما أن كيس الصفن يحتوي على الخصيتين بداخله، أمّا هذا فلا شيء سوى الدهن بداخله، فإذا جاءت مرحلة البلوغ ظهرت آثار الأنوثة من نمو الثديين ونعومة الصوت، وتوزيع الدهن في الجسم توزيع الأنثى، وبما أن فتحة المهبل مقفلة ولا يوجد فرج فإنه لا يبدو منها حيض سوى أن هناك تغييرات في الرحم واحتباس لذلك الدم، وعند الفحص الدقيق يتبين الأمر ويقوم الأطباء بإصلاح الوضع وإعادته إلى أصله فيرجعون أعضاءها الظاهرة إلى ما عليه أعضاؤها الباطنة وهي أنثى[2].

ب- الخنثى التي أصلها ذكر وظاهرها أنثى ذكر: قد يكون الجنين ذكرا على مستوى الصبغيات وعلى مستوى الغدد التناسلية، ولكن الجنين يولد بشكل أنثى في أعضائه الظاهرة، وهذه الحالات أندر من سابقتها، وترجع هذه الحالات النادرة إلى أحد الأسباب التالية:

- **حالات تأنيث رغم وجود الخصية**: وسبب هذه الحالات الوراثية المتنحية عبر كروموسوم

1- كنعان، المرجع السابق، ص395.

2- محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، ص359. زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم-دمشق، ط1: 1993م، ص319-320.

أو السائدة أن الأعضاء لا تتأثر بوجود هرمون الذكورة (التستسترون) الذي تفرزه خصية الجنين، ولديها مناعة لفعله، فسير الأعضاء في خطها المرسوم عند وجود التستسترون، ولذا تتجه إلى تكوين أعضاء تناسلية أنثوية خارجية مع وجود فرج ومهبل، ولكن الرحم غير موجود أو هو ضامر، وعند الفحص الطبي الدقيق يكتشف الطبيب أن التركيب الصبغي لهذه المرأة في ظاهرها هو تركيب الرجل XYثم يجد الخصية قد نزلت إلى الشفرين أو إلى القناة الاربية لعدم تمام نزولها، لذا فإن العلاج في هذه الحالة هو إزالة الخصية التي لم يعد منها فائدة والتي يحتمل تحولها إلى ورم خبيث[1].

– حالات تأنيث بسبب نشاط هرموني من الغدة الكظرية: قد ينمو ورم خبيث في الغدة الكظرية، وتفرز فيه هذه الغدة هرمون الأنوثة الأوستروجين، فإذا حصل مثل هذا الورم في الجنين – وهو نادر جدا؛ لأن أكثر حدوث هذا الورم في البالغين– فإن تأثير هرمونات الأنوثة قد يطغى ويسبب عدم نزول الخصية إلى كيس الصفن، وبالتالي انشقاق الكيس وعدم التحامه مما يجعله أشبه بالشفرين الكبيرين، ولا ينمو القضيب كذلك فيبدو وكأنه البظر، وخاصة إذا كانت فتحة مجرى البول في أسفله، ويبدو للأهل أن هذا الوليد أنثى، ولكن تتغير الأمور عند البلوغ فتظهر علامات الذكورة من غلظة الصوت ونمو شعر الوجه (الشارب واللحية)، ويعاد إلى وضعه الطبيعي بإجراء بعض العمليات الجراحية[2].

– **حالات تأنيث بسبب أخذ الأم لهرمون الأنوثة أثناء الحمل:** إذا أخذت الحامل هرمونات الأوستروجين أو مشتقاتها في الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل فإن ذلك يؤدي إلى عدم نزول الخصيتين، وبالتالي انشقاق كيس الصفن ممّا يجعله أشبه بالشفرين الكبيرين، كما أن نمو القضيب يتوقف فيبدو وكأنه بظر كبير ممّا يجعل الشبه كبيرا بالأنثى، حيث أن فتحة صماغ البول تكون في أسفل القضيب، ويتنبه الأطباء أو الأهل بعد البلوغ على حقيقته فيعيدونه إلى وضعه الطبيعي بواسطة التدخل الجراحي[3].

1– محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، ص360. زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ص319-320.

2– محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، ص360-361.

3– المرجع نفسه، ص361.

بالإضافة إلى هذين النوعين من الخنثى يوجد حالات مضطربة نتيجة خلل في مستوى الصبغيات الجنسية، وهي نوعان:

- **حالات ترنر (Syndrome de Turner – Turner syndrome)**: الخلل ها هنا على مستوى الصبغيات الجنسية، فالمصاب لا يحمل سوى كروموسوم واحد للأنوثة فقط، بينما يحمل الشخص الطبيعي كروموسومين إمّا (XX) للأنثى، أو (XY) للذكر، وبهذا يرمز لهذه الحالة بـ (XO) علامة على وجود X واحد فقط، وعند غياب كروموسوم الذكورة تتجه الأعضاء التناسلية الباطنة والظاهرة إلى الأنثى سوى أنها لا تحيض ولا تحمل؛ لأن الغدة الجنسية (المبيض) ضامرة[1].

- **حالات كلينفلتر (Syndrome de Klinefelter – Klinefelter syndrome)**: وهذه الحالات بها زيادة في كروموسومات الجنس، حيث أن بها ثلاثة كروموسومات بدلا من اثنين كما هو معتاد، ولمثل هذا الشخص كروموسومي الأنوثة (XX) بالإضافة إلى كروموسوم الذكورة (Y)، لذا يتجه تكوين الأعضاء التناسلية في الجنين إلى الذكورة بسبب وجود كروموسوم الذكورة، ورغم ذلك فإن هذا الذكر يكون بارد الهمة ضعيف الباءة عنينا، له أثداء كبيرة وقضيب صغير الحجم، وتكون الخصية ظاهرة ولا تفرز هرمونات الذكورة إلا نادرا بسبب خلل في تكوين الأنابيب المنوية، وهذه الحالات لا تستطيع الإنجاب لو أعطيت هرمونات الذكورة التي تساعد على الانتصاب والجماع[2].

ثالثا: الفرق بين الخنثى في الفقه الإسلامي والطب الحديث

من خلال معرفة المعيار الأساسي في تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي والطب الحديث، وكذلك أنواع الخنثى في الفقه الإسلامي والطب الحديث يتضح للباحث أهم الفروق الجوهرية للخنثى عند الفقهاء والأطباء.

1- الفقهاء يعتمدون في تعريف الخنثى على وجود الأعضاء التناسلية؛ أي: من له آلة المرأة وآلة الرّجل، بينما الأطباء يعتمدون في تعريفهم للخنثى على وجود أعضاء جنسية ظاهرة ولكنها غامضة.

1- زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ص322.
2- المرجع نفسه، ص322-323.

2- الفقهاء يعتمدون في تحديد جنس الخنثى على المبال، فإن بال من من آلة الرجال فهو رجل، وإن بال من آلة النساء فهو أنثى، وإن بال منهما معا في وقت واحد فالترجيح بأسبقهما خروجا من أحد العضوين، فإذا ترجحت أحد المرجحات في بيان جنسه فهو خنثى غير مشكل، وإذا لم يترجح أحد مما سبق في تحديد جنسه فهو خنثى مشكل، وعليه ينتظر إلى البلوغ ويحكم عليه بمرجحات أخرى كخروج المني، وإنبات اللّحية، وإمكان الوصول إلى النّساء بالنسبة، ونُهُود ثدييْ المرأة، والحيض والحَبَل، وتفاوت الأضلاع، بينما الأطباء يعتمدون في تحديد جنس الخنثى على الغدة التناسلية، فإن كانت الغدة خصية والأعضاء التناسلية الخارجية تشبه الأنثى فهو خنثى ذكر كاذب، وإن كانت الغدة مبيض والأعضاء التناسلية الخارجية تشبه الذكر فهو خنثى أنثى كاذب، وإن كان لهذا الشخص غدتان خصية ومبيض فهو خنثى حقيقية ولا عبرة بالأعضاء التناسلية الخارجية.

المطلب الثاني: معيار تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي والطب الحديث

الفرع الأول: معيار تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن المبال هو المرجح الأساسي في تحديد جنس الخنثى قبل البلوغ، فإن كان يبول من ذكره فهو ذكر، وإن كان يبول من فرجه فهو أنثى[1]، وإن كان يبول منهما معا في وقت واحد فالترجيح بأسبقهما خروجا من أحد العضوين[2].

واختلفوا فيما إذا كان يبول منهما معا في وقت واحد وتساويا في السبق على كثرة البول من أحد الخرجين، فذهب أبو حنيفة والشافعية على أنه لا عبرة بكثرة البول من أحد المخرجين؛ لأنّ كثرة البول وقلّته يرجع إلى سعة المحلّ وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذّكورة والأنوثة[3]، وذهب أبو يوسف والمالكية والحنابلة على اعتبار كثرة البول من أحد المخرجين؛ لأنّ التّرجيح عند المعارضة بزيادة القوّة، وذلك يكون بالكثرة كما يكون بالسّبق؛ إذ لا مزاحمة بين القليل والكثير كما لا مزاحمة بين اللّاحق والسّابق، فالظّاهر أنّ الذي يخرج منه البول أكثر هو المبال فالحكم للمبال؛ لأنّ خروج

1- وأجمعوا على أن الخنثى يرث من حيث يبول، إن بال من حيث يبول الرجال ورث ميراث الرجال، وإن بال من حيث تبول المرأة، ورث ميراث المرأة. ينظر: ابن المنذر، المصدر السابق، ص75.

2- السرخسي، المصدر السابق، 103/30. الكاساني، المصدر السابق، 327/7-328. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 418/2. الحطاب، المصدر السابق، 430/6. ابن قدامة، المصدر السابق، 336/6.

3- الكاساني، المصدر السابق، 327/7-328. الشيرازي، المصدر نفسه، 418/2.

البول أعمّ العلامات؛ لوجودها من الصّغير والكبير[1].

واتفق الفقهاء على أنه إذا لم يترجح أحد مما سبق في تحديد جنسه فإنه ينتظر إلى البلوغ ويحكم عليه بمرجحات أخرى كخروج المني، وإنبات اللّحية، وإمكان الوصول إلى النّساء بالنسبة، ونُهُود ثدييْ المرأة، والحيض والحَبَل، وتفاوت الأضلاع، وغيرها، وإليك كلام الفقهاء في ذلك:

1- **مذهب الحنفية:** وعلامة الذّكورة بعد البلوغ نبات اللّحية، وإمكان الوصول إلى النّساء وعلامة الأنوثة في الكبر نُهُود ثديْن كثدْيَيْ المرأة، ونزول اللّبن في ثدييها، والحيض، والحَبَل، وإمكان الوصول إليها من فرجها؛ لأنّ كلّ واحد ممّا ذكرنا يختصّ بالذّكورة والأنوثة فكانت علامة صالحة للفصل بين الذّكر والأنثى[2].

2- **مذهب المالكية:** فإن أمنى من أحد الفرجين فواضح أو حصل حيض أو حمل أو نبتت له لحية أو ثدي حكم له بما يقتضيه، فإن ظهرت علامة تميّزه وإلّا فمُشْكِل، فينظر إلى تفاوت الأضلاع، قال القرافي في تفاوت الأضلاع: "وإذا انتهى إلى الإشكال عدّت الأضلاع فللرّجل ثمانية عشر ضِلعا من الجانب الأيمن ومن الأيسر سبعة عشر، وللمرأة ثمانية عشر من كلّ جانب؛ لأنّ حوّاء -عليها السّلام- خلقت من ضلع من أضلاع آدم -عليه الصّلاة والسّلام- من جانبه الأيسر، فبقي الذّكر ناقصا ضلعا من الجانب الأيسر قضى بهذا عليّ -رضي اللّه تعالى عنه-"[3].

3- **مذهب الشافعية:** في بيان الخنثى المشكل خروج المنيّ والحيض في وقتهما، فإن أمنى بفرج الرّجال، فرجل، أو بفرج النّساء، أو حاض، فامرأة بشرط تكرّره، فإن أمنى منهما، فوجهان: أحدهما: لا دلالة، والأصحّ أنّه إن أمنى منهما بصفة منيّ الرّجال، فرجل، أو بصفة منيّ النّساء، فامرأة، فإن أمنى من أحدهما بصفة، ومن الآخر بالصّفة الأخرى، فلا دلالة، وحُكي وجه: أنّه لا دلالة في المنيّ مطلقا وهو شاذّ، ومنها خروج الولد، وهو يفيد القطع بالأنوثة، فيقدّم على جميع العلامات، ولو تعارض البول بالحيض، أو المنيّ، فالأصحّ: لا دلالة، والثّاني يقدّم البول، ومنها نبات اللّحية، ونُهُودُ

1- السرخسي، المصدر السابق، 104/30. الحطاب، المصدر السابق، 430/6. ابن قدامة، المصدر نفسه، 336/6.
2- الكاساني، المصدر سابق، 327/7.
3- القرافي، الذخيرة، 26/13. الحطاب، المصدر السابق، 430/6-431. الخرشي، المصدر السابق، 230/8.

الثّدي، وتفاوت الأضلاع. والصّحيح أنّه لا دلالة فيها، والثّاني: اللّحية تدلّ، أو نقصان ضلع من الجانب الأيسر للذّكورة، والنّهود وتساوي الأضلاع للأنوثة، ولا يدلّ عدم اللّحية والنّهود في وقتهما على الأنوثة والذّكورة بلا خلاف[1].

4- **مذهب الحنابلة:** وسائر العلامات إنّما يوجد بعد الكبر، مثل نبات اللّحيَة، وتفلُّك الثّدي، وخروج المنيّ، والحيض، والحبَل[2]. قال ابن قدامة: وإذا وُجد خروج المنيّ من ذكر الخنثى المشكل، فهو عَلَم على بلوغه، وكونه رجلا، وإن خرج من فرجه، أو حاض، فهو علم على بلوغهِ، وكونه امرأة، ولنا، أنّ خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلا أو امرأة، فخروج المنيّ والحيض أولى، وإذا ثبت كونه رجلا خرج المنيّ من ذكره، أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ، ولأنّ خروج منيّ الرّجل من المرأة، والحيض من الرّجل مستحيل، فكان دليلا على التّعيين، فإذا ثبت التّعيين لزم كونه دليلا على البلوغ، كما لو تعيّن قبل خروجه، ولأنّه منيّ خارج من ذكر، أو حيض خارج من فرج، فكان علما على البلوغ كالمنيّ الخارج من الغلام، والحيض الخارج من الجارية[3].

وإذا تعذر على الفقهاء معرفة العلامات الظاهرة في تمييز جنس الخنثى فإنه يلجأ إلى معيار الميل إلى أحد الجنسين؛ باعتباره أحد المرجحات التي تحدد جنس الخنثى، ولا يتأتى هذا إلا بالبلوغ؛ قال السيوطي -رحمه الله-: "الميل ويستدلّ به عند العجز عن الأمارات السّابقة، فإنّها مقدّمة عليه، فإن مال إلى الرّجل فامرأة، أو إلى النّساء فرجل، فإن قال: أميل إليهما ميلا واحدا، ولا أميل إلى واحد منهما، فمشكل"[4]، وقد ذهب إلى هذا النوع من الترجيح عند العجز عن العلامات السابقة الإمام مالك، والشافعي، وأبي حنيفة، وصاحبيه، قال الدسوقي في الميل إلى أحد الجنسين:"ينظر إلى شهوته؛ أي: عند إشكاله بنبات اللّحية والثّدي معا، وبعدم نباتهما وبتساوي المخرجين في البول منهما، فالشّهوة والميل من جملة العلامات الّتي يزول بها إشكاله، وهذا القول نقل عن مالك والشّافعيّ وأبي حنيفة وصاحبيه، قال ويُصدّق في ذلك؛ لأنّه أمر لا يُعلم إلّا من جهته فلا نظر للتّهمة"[5].

1- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 418/2. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 78/1.
2- ابن قدامة، المصدر السابق، 336/6. البهوتي، المصدر السابق، 469/4.
3- ابن قدامة، المصدر نفسه، 347/4.
4- السيوطي، الأشباه والنظائر، ص242.
5- الدسوقي، المصدر السابق، 496/4.

وهذا الأمر يعرف من صاحب الشأن، حيث يسأل عن أي جنس يميل، قال ابن قدامة: وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصّنفين وشهوته له، فإنّ اللّه تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذّكر إلى الأنثى وميلها إليه، وهذا الميل أمر في النّفس والشّهوة لا يطّلع عليه غيره، وقد تعذّرت علينا معرفة علاماته الظّاهرة، فرجع فيه إلى الأمور الباطنة، فيما يختصّ هو بحكمه[1].

الفرع الثاني: معيار تمييز جنس الخنثى في الطب الحديث

يختلف منحى الطب الحديث عن منحى الفقهاء في تحديد جنس الخنثى باعتبار أن الطبيب ينظر إلى معايير طبية وبيولوجية تؤهله في معرفة جنس الخنثى إما على مستوى الصبغيات، أو على مستوى الغدة التناسلية، أو فحص الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنية، وهذا الأمر لم يكن متاحا لدى الفقهاء.

أولا: معيار الصبغيات (الكروموسومات)(Chromosomes)

من المقرر علميا أن جنس المولود يتحدد في اللحظة الأولى التي يلتق فيها الحيوان المنوي بالبويضة فيلقحها ... ..، فإذا التقى حيوان منوي يحمل شارة الذكورة (Y) بالبويضة فإن الجنين سيكون ذكرا بإذن الله، أمّا إذا كان الحيوان المنوي يحمل شارة الأنوثة (X) فإن الجنين سيكون أنثى بإذن الله[2].

ثانيا: معيار الغدة التناسلية (Gonade – Gonad)

وهذا يتحدد بأمر الله تعالى في الأسبوع السادس والسابع منذ التلقيح، وتظهر خلايا الغدة التناسلية في كيس المح في الجنين في الأسبوع الثالث من عمره، ثم تهاجر هذه الخلايا إلى الحدبة التناسلية في الأسبوع الخامس، ولا يمكن معرفة الغدة التناسلية في الجنين السقط قبل أن يتم الأسبوع السادس ويدخل في السابع، وتكون الغدة التناسلية في هذه المرحلة غير متمايزة، ولا يتم التمايز إلا بعد نهاية الأسبوع السادس[3].

1- ابن قدامة، المصدر السابق، 208/7.

2- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص297.

3- محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، ص356-357. زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ص317-318.

ثالثا: معيار على مستوى الأعضاء التناسلية (Les Organes Génétaux – Genital organs)

الأعضاء التناسلية باطنة وظاهرة، فالباطنة في الأنثى هي المبيضان، والرحم، وقناتي الرحم والمهبل، وأمّا الباطنة في الذكر فهي الحبل المنوي، والحويصلة المنوية، والبروستاتا، وغدد كوبر، وتتكون الأعضاء التناسلية الباطنة في الأنثى ما عدا المبيض من قناتي مولر، وهي بجانب الكلية المتوسطة للجنين (واحدة على كل جانب)، وتتحد القناتان في الوسط لتكون الرحم والمهبل، وأمّا الأعضاء التناسلية (ما عدا الخصية) للذكر فتتكون من قناتي ولف، وهي قناة الكلية المتوسطة للجنين، ومنها يتكون البربخ، والقناة الناقلة للمني، والقناة القاذفة.

وتتكون الأعضاء التناسلية الظاهرة في الذكر والأنثى من الجيب البولي التناسلي، ومن بصيلات تناسلية تتكون من الجلد على نهاية غشاء المذرق، وتكون هذه الأعضاء غير متمايزة حتى الأسبوع التاسع، ثم يبدأ التمايز البطيء الخفي في الأسبوع التاسع ثم يتضح وينجلي في الأسبوع الثاني عشر.

ويسير خط نمو الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة في اتجاه الأنثى إلا إذا وجدت كمية من هرمون الذكورة التستسترون الذي تفرزه الخصية منذ أن تتكون؛ أي: منذ نهاية الأسبوع السادس وبداية السابع، والذي يؤثر تأثيرا بالغا على مسار الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة، ولذا فإن إزالة الخصية من جنين ذكر أو عدم تكونها يؤدي إلى وجود جهاز تناسلي أنثوي رغم أن جنس الجنين على مستوى الصبغيات (الكروموسومات) ذكر (X Y) فإن الجهاز التناسلي الذي يتكون إنما يكون لأنثى.

إذن أساس الجهاز التناسلي الظاهر والباطن (عدا الغدة التناسلية) يتجه إلى الأنثى، فإذا وجدت الخصية أو هرمون التستسترون فإن الزيادة تجعل الجهاز التناسلي يتحول إلى أعضاء ذكرية، وقد تم تجربة ذلك في الحيوانات منها الأبقار[1].

1- محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، ص357-358. زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ص318-319.

المطلب الثالث: ميراث الخنثى في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

الفرع الأول: ميراث الخنثى في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن الخنثى يرث من حيث يبول، إن بال من حيث يبول الرجال ورث ميراث الرجل، وإن بال من حيث تبول المرأة، ورث ميراث المرأة"[1]، وأمّا الخنثى المشكل لا يخرج عن إحدى الحالتين، إمّا ذكورة، وإمّا أنوثة، وله في هاتين الحالتين خمس حالات:

الأولى: أن يرث بتقدير الذكورة والأنوثة على السواء كأبوين، وبنت، وولد ابن خنثى.
الثانية: أن يرث بتقدير الذكورة أكثر من إرثه بتقدير الأنوثة كبنت وولد ابن خنثى.
الثالثة: أن يرث بتقدير الأنوثة أكثر من إرثه بتقدير الذكورة كزوج وأم وولد أب خنثى.
الرابعة: أن يرث بتقدير الذكورة فقط كولد أخ خنثى.
الخامسة: أن يرث بتقدير الأنوثة فقط كزوج وشقيقة وولد أب خنثى[2].

فإن كان الخنثى المشكل لا يختلف إرثه في حال تقدير ذكورته عن إرثه في حالة تقدير أنوثته فإنه يعطى نصيبه كاملا عند الجميع، وكذلك من معه من الورثة إذا كان نصيبه في الحالتين لا يختلف[3]، وإن اختلف نصيبه بين الذكورة والأنوثة، ففيه أربعة أقوال[4]:

القول الأول: مذهب الحنفية

يُعطى للخنثى المشكل أقل النصيبين؛ أي: لو مات مورّثه كان له الأقلّ من نَصِيبِ الذّكر، ومن نصيب الأنثى، وإن كان محروما على أحد التّقديرين فلا شيء له[5].

أدلتهم:

وفيما نحن فيه الشّكّ وقع في سبب الاستحقاق؛ لأنّ وصف الذّكورة والأنوثة سبب الاستحقاق المقدّر، وإن كان أصل القرابة سببا لأصل الإرث، والمزاحم للخنثى متيقَّن بسبب استحقاقه فلا يجوز

1- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 418/2. ابن قدامة، المصدر السابق، 336/6.
2- الفوزان، المرجع السابق، ص209.
3- المرجع نفسه، ص209.
4- المرجع نفسه، ص210.
5- الزيلعي، المصدر السابق، 216/6.

إبطاله، ولا تنقيصه بالشّكّ، فلو مات أبوه، وترك ابنا له سهمان، وللخنثى سهم؛ لأنّه الأَقلّ، وهو متيقّن به فيستحقّه[1].

القول الثاني: مذهب المالكية

يُعطى الخنثى المشكل أمره نصف نصيبي ذكر وأنثى؛ أي يأخذ نصف نصيبه حال فرضه ذكرا وحال فرضه أنثى لا أنّه يعطى نصف نصيب الذّكر المحقّق الذّكورة المقابل له ونصف نصيب الأنثى المحقّقة الأنوثة المقابلة له، فإذا كان على تقدير كونه ذكرا سهمان وعلى تقدير كونه أنثى سهم، فإنّه يعطى نصف نصيب الذّكر وهو سهم ونصف نصيب الأنثى وهو نصف سهم ومجموع ذلك سهم ونصف سهم، وهذا إذا كان يرث بالجهتين وكان إرثه بهما مختلفا، وإن كان يرث على فرض، ولا يرث على فرض آخر، فيعطى نصف نصيبه على فرض إرثه[2].

أدلتهم:

1- إعطاء نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى هو قول ابن عبّاس، ولم يعرف له في الصّحابةِ منكر[3].

2- لأنّ حالتيه تساوتا، فوجب التّسوية بين حكمهما، كما لو تداعى نفسان دارا بأيديهما، ولا بيّنة لهما، وليس نورّثه بأسوأ حاله، ولا سبيل إلى الوقف؛ لأنّه لا غاية له يُنتظر، وفيه تضييع مع تعيّن استحقاق الورثة له[4].

القول الثالث: مذهب الشافعية

يُعطى الخنثى أقل نصيبه من ميراث ذكر أو أنثى، وتعطى الورثة المشاركون له أقل ما يصيبهم من ذكر أو أنثى ويوقف الباقي حتّى يتبيّن أمره[5].

1- المصدر نفسه، 217/6.

2- الدسوقي، المصدر السابق، 489/4-490.

3- ابن مفلح، المصدر السابق، 403/5.

4- المصدر نفسه، 403/5.

5- الماوردي، المصدر السابق، 168/8.

أدلتهم:

إنّ دفع الأقلّ إلى الخنثى المشكل، ودفع الأقلّ إلى شركائه، وإيقاف المشكوك فيه أولى لأمرين:

أحدهما: أنّ الميراث لا يستحق إلا بالتعيين دون الشك.

والثّاني: أنه لما كان سائر أحكامه سوى الميراث لا يُعمَل فيها إلّا على اليقين، فكذلك الميراث، فعلى هذا لو ترك الميّت ابنا وولدا خنثى فعلى قول الشافعي للابن النصف إن كان خنثى رجلا، وللخنثى الثلث كأنه أنثى ويوقفوا السّدس فإن بان ذكرا رُدّ على الخنثى، وإن بان أنثى ردّ على الابن[1].

القول الرابع: مذهب الحنابلة

في ميراث الخنثى المشكل حالتان:

1- حالة فيها انكشاف حاله، وهو أن يكون صغيرا فيرجى أن ينكشف أمره عند بلوغه، فهذا يعطي اليقين هو ومن معه من الورثة، ويوقف الباقي إلى حين الانكشاف فيظهر فيه علامات الرّجال من نبات لحيته، وخروج المنيّ من ذكره، أو علامات النّساء من الحيض ونحوه، فإن كان ممن يرث في حال دون حال لم يدفع إليه من التّركة شيء، فهم بذلك كالشافعية.

2- حالة لم يرج فيها مِن انكشاف حاله، فيحكم عليه بنصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى إن ورث في الحالين، وإن كان يرث على فرض دون فرض، فيعطى نصف نصيبه في حال الإرث، فهم بذلك كالمالكية[2].

الراجح:

من خلال النظر إلى أدلة المذاهب يتضح للباحث أن ما ذهب إليه الحنفية من إعطاء الخنثى المشكل أقل النصيبين والمالكية والحنابلة من إعطائه نصف نصيبي ذكر وأنثى في حالة لم يرج فيها من انكشاف حاله فيه تضييع لحقه إذا ما اتضح أمره، بحيث يصعب إرجاع حقه من الورثة الذين ورثوا معه؛ باعتبار أن الناس جبلوا على حب المال، كما أنه قد ضاع الوازع الديني عند كثير من الناس، وأصبحت عندهم الغاية تبرر الوسيلة وإن كانت تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

1- المصدر نفسه، 169/8.

2- الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل تحقيق: عبد اللطيف هميم – ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1: 2004م، ص626-627. ابن مفلح، المصدر سابق، 402/5-403. الباجوري، المرجع السابق، ص203.

وأمّا ما ذهب إليه الشافعية من إعطاء الخنثى أقل نصيبه من ميراث ذكر أو أنثى، وإعطاء الورثة معه أقل ما يصيبهم من ذكر أو أنثى ويوقف الباقي حتّى يتبيّن أمره فيه تضييع لحقه ولحق الورثة إذا لم يتبين حاله.

وعليه يرجع في تحديد جنس الخنثى إلى أهل الخبرة من علماء الطب، بحيث أصبح الطب الحديث يستطيع أن يحدد جنس الخنثى بشكل دقيق، يقول الدكتور محمد علي البار: وكل ما ورد في كتب الفقه عن الخناث فينبغي إرجاع الحكم فيه أولا إلى الأطباء، فإن حكموا بأن هذا الشخص ذكر في تركيبه الكروموسومي والغددي فهو كما حكموا، وعلى الفقهاء أن يبنوا أحكامهم بعد ذلك على ما قرره الأطباء[1]، وبناء على ذلك يحتاج الطبيب للوصول لمعرفة جنس المولود أو البالغ في الحالات المشتبه فيها إلى معرفة التالي:

1- الجنس على مستوى الصبغيات (الكروموسومات)، ويمكن تحديده بأخذ خلايا من خلايا الدم البيضاء أو خلايا مبطنة للفم لفحصها.
2- معرفة الغدة التناسلية وذلك بأخذ خزعة (عيّنة) منها وفحصها نسيجيا.
3- فحص الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة، وفحص العلامات الثانوية للذكورة أو الأنوثة وخاصة في حالة البلوغ.
4- فحص عام للجسم لمعرفة وجود الأورام مثل تلك الموجودة في الغدة التناسلية أو الغدة الكظرية[2].

كما أنه استطاع الطب الحديث أن يقوم بتصحيح جنس الخنثى وهذا بعد إجراء العمليات الجراحية اللازمة له أخذا بقاعدة "الضرر يزال"[3]؛ باعتبار أن الضرر سيلحق بالخنثى في ميراثه إذا لم يتم تصحيح جنسه، وقد نص فقهاء وأطباء المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على جواز إجراء عمليات لاستجلاء حقيقة الجنس في الخنثى[4].

1- محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، مرجع سابق، ص355.
2- المرجع نفسه، ص354.
3- السبكي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، 41/1. المرداوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، وآخرون، مكتبة الرشد – السعودية / الرياض، ط1: 2000م، 3846/8.
4- جهاد حمد حمد، المرجع السابق، ص162.

الفرع الثاني: ميراث الخنثى في القانون المقارن

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لأحكام الخنثى؛ باعتبار أنه نادر الوجود والعبرة بالغالب لا بالنادر، وإذا وجد الخنثى فإنه يرجع في ميراثه إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من ق.أ.ج على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وقد سارت معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية على ذلك، ومثال ذلك القانون السوري لم ينص على أحكام الخنثى لندرته، وإذا وجد يطبق هذا الرأي عملا بالمادة 305 على أنه: «كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي»، والقانون المصري في المادة 46 على أنه: "للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف أذكر أم أنثى أقل النصيبين وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة"، فهو بذلك سار على مذهب الحنفية في أحكام الخنثى في إعطائه أقل النصيبين أو أسوأ الحالين من فرض ذكورته أو أنوثته، ويعطى الورثة أحسن النصيبين، وقد سار في نحوه أيضا قانون أحوال الشخصية الكويتي في المادة 334 على أنه: "للخنثى المشكل، وهو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى، أدنى الحالين، وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة".

المبحث الثالث: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الموت الجماعي

إن إثبات ميراث الموت الجماعي يكمن فيما إذا كان هناك حادث كحريق، أو هدم، أو غرق، أو حرب، أو حوادث مرور ونحوها من الحوادث الفتاكة التي تتسبب في الموت الجماعي الذي من إثره قد لا نعرف هوية الجثث التي محيت ملامحها بشكل كلي، أو لا نعلم أيهم مات أولا، فمع تطور الطب في زماننا هذا لا سيما الطب الشرعي الذي استطاع أن يعرف هوية الأشخاص المفقودين في الحرب بشكل دقيق، كما أنه استطاع أن يحدد زمن الوفاة بدقة متناهية من خلال التحليل البيوكيميائي للجثث، وهذا من أجل حصر الإرث وإثباته لأقارب الميت، وعلى هذا فقد قسمت المبحث إلى مطلبين، مطلب أول تناولت فيه نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات هوية المفقود، ومطلب ثان تناولت فيه نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات أسبقية الوفاة

المطلب الأول نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات هوية المفقودين

الفرع الأول: تعريف المفقود لغة واصطلاحا

أولا: تعريف المفقود لغة: فقدت الشيء أفقده فقدا وفِقْداناً وفُقْداناً، وفُقوداً: عَدِمَه، فهو فَقيدٌ ومَفْقودٌ، وأفقده الله إيّاه، وافتقده وتفقّده: طلبه عند غيبته، وتفاقَد القوم؛ أي: فقد بعضهم بعضا، والفاقد من النساء: التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها[1].

ثانيا: تعريف المفقود اصطلاحا

1- **تعريف المفقود في الفقه الإسلامي:** ورد تعريف المفقود عند فقهاء المذاهب بتعريفات كثيرة، وهي في مجملها متقاربة ومتشابهة في المعنى وإن اختلفت ألفاظها.

أ- الحنفية: المفقود هو اسم لشخص غاب عن بلده ولا يُعرف خبره أنّه حيّ أم ميّت[2].

ب- المالكية: المفقود هو من انقطع خبره، ويمكن الكشف عنه[3].

1- الجوهري، المصدر السابق، 318/1. ابن منظور، المصدر السابق، 205/11. الفيروزآبادى، المصدر السابق، ص307. الفيومي، المصدر السابق، ص288.

2- الكاساني، المصدر السابق،196/6.

3- الرصاع، المصدر السابق، ص222.

ج- الشافعية: المفقود هو الذي انقطع خبره وجُهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما[1].

د- الحنابلة: المفقود هو من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة، كالتّجارة والسّياحة....، أو الهلاك، كمن فقد في لجة البحر إذا غرقت سفينته ونجا قوم دون قوم ...[2].

من خلال هذه التعريفات يمكن أن نستنتج تعريفا جامعا مانعا لمفهوم المفقود بأنه هو من انقطع خبره وجهل حاله أحيّ هو أم ميّت، مع إمكانية الكشف عنه.

2- **تعريف المفقود في القانون الوضعي:** عرفه بعض الفقه القانوني بأنه: هو الغائب الذي يحيط بحياته الشك، بحيث لا يعرف إن كان حيا أو ميّتا[3]، وعند الرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري عرّفه في المادة 109 من ق.أ على أن:" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

الفرع الثاني: حكم إثبات هوية المفقود في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

أولا: حكم إثبات هوية المفقود في الفقه الإسلامي

إن إثبات هوية المفقود في حالة الموت الجماعي يكون عن طريق إقامة بينة على ذلك؛ لأنه يترتب على إثبات هويته تقسيم تركته، بالإضافة إلى تمكين زوجته من أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، وبذلك تستطيع أن تتزوج بعده، يقول السرخسي: "وإذا فقد الرّجل فارتفع ورثته إلى القاضي وأقرّوا أنّه فقد، وسألوا قسمة ماله، فإنّه لا يقسم حتّى تقوم البيّنة على موته"، وفي حالة استحالة إحضار البينة على موت المفقود أو عدم معرفة جثثهم بسبب تفحمها، هل يمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية لمعرفة هوية المفقودين الذين تشوهت جثثهم وصارت متفحمة؟

وبفضل الاكتشافات الطبية الحديثة استطاع الطب الشرعي عن طريق البصمة الوراثية (d.n.a) معرفة أصحاب الجثث المشوهة والأشلاء ومجموعة العظام بدقة متناهية، ويتم ذلك عن طريق أخذ

1- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، 34/6.

2- أبو البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف- الرياض، ط2: 1984 م، 406/1.

3- نعمان محمد جمعة، المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب- القاهرة، (د.ط)، ط: 1977م، ص 406. نقلا عن الرفاعي، المرجع السابق، ص 749.

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، وبهذه التقنية أيضا عرفت رُفات المقاتلين حين تمّ التبادل بين لبنان والكيان الصهيوني[1]، وقد أفتى الفقهاء المحدثون بجواز إثبات هوية المفقود عن طريق التحليل الجيني-البصمة الوراثية-[2]، وهو ما أقره المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة[3]، واستدلوا على ذلك بالسنة النبوية والقياس.

أولا: السنة النبوية

- عن أنس -رضي اللّه عنه- قال: غاب عمّي أنس بن النّضر عن قتال بدر، فقال: «**يَا رَسُولَ اللَّهِ غِبْتُ عَنْ أَوَّلِ قِتَالٍ قَاتَلْتَ المُشْرِكِينَ، لَئِنِ اللَّهُ أَشْهَدَنِي قِتَالَ المُشْرِكِينَ لَيَرَيَنَّ اللَّهُ مَا أَصْنَعُ**»، فلمّا كان يوم أحد، وانكشف المسلمون، قال أنس: «**فَوَجَدْنَا بِهِ بِضْعًا وَثَمَانِينَ ضَرْبَةً بِالسَّيْفِ أَوْ طَعْنَةً بِرُمْحٍ، أَوْ رَمْيَةً بِسَهْمٍ وَوَجَدْنَاهُ قَدْ قُتِلَ وَقَدْ مَثَّلَ بِهِ المُشْرِكُونَ، فَمَا عَرَفَهُ أَحَدٌ إِلَّا أُخْتُهُ بِبَنَانِهِ**»[4].

وجه الدلالة من الحديث أن جثة أنس بن النضر لم تعرف إلا من العلامة المميزة والتي لم تزل بسبب الحرب باقية، وهي طرف إصبعه، فكانت دليلا على إثبات هويته، وهو أيضا ما تقوم به البصمة الوراثية، حيث إنها تعتمد في تحقيق هوية أصحاب الجثث المتفحمة، وذلك من خلال الخصائص الوراثية المميزة للشخص عند تحليل لجزيئات من جسده[5].

1- الجندي، تطبيقات البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، ط1: 2002م، ص138. نقلا عن: جهاد حمد، المرجع السابق، ص126-127.

2- الكعبي، المرجع السابق، ص50. الرفاعي، المرجع السابق، ص 750. علي القرهداغي، المرجع السابق، 68/3. الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، 30/3. ناصر الميمان، المرجع السابق، ص191.

3- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في حالة وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، ينظر: انظر: القرار السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي- مكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين: 21-26 من شوال 1422هـ، الموافق لـ: 5-10 يناير 2002م، 360/3.

4- أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسّير، باب قول اللّه تعالى: ﴿ **مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ صَدَقُواْ مَا عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ عَلَيْهِ فَمِنْهُم مَّن قَضَىٰ نَحْبَهُۥ وَمِنْهُم مَّن يَنتَظِرُ وَمَا بَدَّلُواْ تَبْدِيلًا** ﴾، رقم الحديث: [2805]، 307/2.

5- الكعبي، المرجع السابق، ص50. الرفاعي، المرجع السابق، ص 750.

ثانيا: القياس

البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يـأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ بها القيافة من باب أولى[1]، وعليه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالة وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين[2].

من خلال ما تقدم فإن البصمة الوراثية تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات في التحقق من هوية أصحاب الجثث المشوهة باعتبار أنها حققت مصلحة كبيرة للناس لا سيما إذا ارتبط الأمر بإثبات حقوق الناس كالميراث، وغيرها.

ثانيا: حكم إثبات هوية المفقود في القانون المقارن

أجاز المشرع الفرنسي اللجوء إلى البصمات الوراثية لإثبات هوية الفرد، ونص على ذلك صراحة في المادة (16-11) من القانون المدني الجديد رقم 94-653 الصادر بتاريخ 1994/07/29م والتي جاء فيها: "لا يمكن البحث أو التعرف على شخص ما ببصماته إلا في إطار إجراءات تحقيق أو تعليمات أثناء إجراء قضائي .... وفي المجال المدني فإن تحديد شخصية الفرد بالبصمات الوراثية لا يمكن أن يتم إلا بمناسبة إجراءات تحقيق أمر بها القاضي المختص".

نلاحظ في هذه المادة أن المشرع الفرنسي قد حدد العمل بالبصمات الوراثية في مجال تحقيق شخصية الفرد بتعليمات أو إجراءات تحقيق أمر بها القاضي المختص سواء كان الشخص مفقودا ثم عاد وقد تغيرت هيئته أو حاضرا وانتحل شخصية غيره[3].

1- ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، ص46، نقلا عن السبيل عمر، المرجع السابق، 49.

2- القرار السابع، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي- مكة المكرمة، المنعقدة في الفترة ما بين: 21-26 من شوال 1422هـ، الموافق لـ: 5-10 يناير 2002م، 360/3.

3- الرفاعي، المرجع سابق، ص 750.

أمّا في قوانين الأحوال الشخصية العربية نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز إثبات هوية المفقودين بواسطة الطرق العلمية كاللجوء إلى البصمة الوراثية، وغيرها في حالات اختلاط الأطفال في الحروب، والكوارث، والضحايا مجهولو النسب لإثبات هوية الطفل والتحقق من نسبه الحقيقي، وهذا ما أشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري[1]، كما أن المشرع التونسي أجاز أيضا إثبات هوية المفقود عن طريق التحليل الجيني، وهذا من خلال الفصل الأول في قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم 75 الصادر بتاريخ: 28-10-1998م المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، الذي نص صراحة على جواز إثبات هوية المفقود بواسطة التحليل الجيني.

المطلب الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات أسبقية الوفاة

الفرع الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات أسبقية الوفاة في الفقه الإسلامي

لقد ذكر أهل العلم في توريث الموت الجماعي خمس حالات:

الأولى: أن يعلم موتهم جميعا في آن واحد، فلا توارث بينهم إجماعا؛ لأن من شروط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، وهذا الشرط مفقود هنا.

الثانية: أن يعلم تأخر موت أحدهم بعينه من موت الآخر ولم ينس، فالمتأخر يرث المتقدم بالإجماع لتحقق الشرط.

الثالثة: أن يجهل واقع موتهم فلم يعلم هل سبق أحدهم أو ماتوا جميعا.

الرابعة: أن يعلم تأخر أحدهما بالموت عن الآخر ثم ينسى.

الخامسة: أن يعلم تأخر بعضهم بالموت عن بعض من غير تعيين، وهذه الصور الثلاثة محل النزاع[2].

إن الحالات الثلاثة الأخيرة التي لا يمكن معرفة أسبقية الوفاة فيها اختلف الفقهاء في توريثهم على قولين:

1- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، ص397-398.
2- الفوزان، المرجع السابق، ص236-237.

القول الأول: يرث بعضهم بعضا إلّا ما ورث كلّ واحد منهما من صاحبه، وهو إحدى الرّوايتين عن عليّ –رضي اللّه عنه– واستدلوا بالآثار والمعقول:

أولا: الآثار

1- عن الشّعبيّ «**أنّ عمر، وعليّا قَضَيَا فِي الْقَوْمِ يَمُوتُونَ جَمِيعًا لَا يُدْرَى أَيُّهُمْ يَمُوتُ قَبْلُ: أَنَّ بَعْضَهُمْ يَرِثُ بَعْضًا**»[1].

2- عن علي: «**أَنَّ أَخَوَيْنِ قُتِلَا بِصِفِّينَ – أَوْ رَجُلٌ وَابْنُهُ – فَوَرَّثَ أَحَدَهُمَا مِنَ الْآخَرِ**»[2].

ثانيا: المعقول

– إنّ حياة كلّ واحد منهم كانت ثابتة بيقين، والأصل بقاؤها إلى ما بعد موت الآخر، ولأنّ الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات فكأنّ كلّ واحد منهم مات بعد موت الآخر فيرث منه[3].

– إنّ سبب استحقاق كلّ واحد منهم ميراث صاحبه معلوم، وسبب الحرمان مشكوك فيه؛ لأنّ سبب الاستحقاق حياته بعد موت صاحبه، وقد عرفنا حياته بيقين فيجب التّمسّك به حتّى يأتي بيقين آخر، وسبب الحرمان موتُه قبل موته وذلك مشكوك فيه فلا يثبت الحرمان بالشّكّ إلّا فيما ورث كلّ واحد منهما من صاحبه لأجل الضّرورة؛ لأنّا حين أعطينا أحدهما ميراث صاحبه فقد حكمنا بحياته فيما ورث من صاحبه ومن ضرورته الحكم بموت صاحبه قبله[4].

القول الثاني: لا توارث بين الغرقى والحرقى إذا لم يُعلم أيّهم مات أوّلا، وإنّما يُجعل ميراث كلّ واحد منهم لورثته الأحياء، وهو قول أبي بكر وعمر وزيد بن ثابت، وإحدى الرّوايتين عن عليّ، وهذا القول ذهب إليه الحنيفة[5]، والمالكية[6]، والشافعية[7]، وهو تخريج من المنصوص عن الإمام أحمد –رحمه اللّه–

1- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الفرائض، باب الغرقى رقم الحديث: **[19150]**، 294/10.

2- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الفرائض، باب الغرقى رقم الحديث: **[19152]**، 295/10.

3- الزيلعي، المصدر السابق، 241/6.

4- السرخسي، المصدر السابق، 28/30.

5- السرخسي، المصدر نفسه، 27/30. الكاساني، المصدر السابق، 166/4. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 577/8.

6- القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقة المالكي، تحقيق: بوخبزة، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 2004م، 220/2. عليش، المصدر السابق، 696/9.

7- الماوردي، المصدر السابق، 87/8.

واستدلوا بالآثار والمعقول:

أولا: الآثار

أ- عن الزّهريّ ، قال: «**مَضَتِ السُّنَّةُ بِأَنْ يَرِثَ كُلُّ مَيِّتٍ وَارِثَهُ الْحَيَّ ، وَلَا يَرِثُ الْمَوْتَى بَعْضُهُمْ بَعْضًا**»[1].

ب- عن يحي بن سعيد: «**أَنَّ أَهْلَ الْحَرَّةَ وَأَصْحَابَ الْجَمَلِ لَمْ يَتَوَارَثُوا**»[2].

ج- عن خارجة بن زيد عن ثابت: «**أَنَّهُ وَرَّثَ الْأَحْيَاءَ مِنَ الْأَمْوَاتِ وَلَمْ يُوَرِّثِ الْمَوْتَى بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ وَكَانَ ذَلِكَ يَوْمَ الْحَرَّةِ**»[3].

د- وفي الموطّإ لم يتوارث ممّن قُتِل يوم الجمل ولا يوم صِفِّين ولا يوم الحرّة، ثم كان يوم قُدَيد فلم يُوَرَّث أحد منهم صاحبه شيئا إلا من عُلم أنّه قُتِل قبل صاحبه[4].

ثانيا: المعقول

الإرث يُبْتَنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه هو حياة الوارث بعد موت المورِّث، ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشّكّ ولا يجب[5].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة الفريقين يتضح للباحث الراجح في المسألة هو القول الثاني، وهو عدم توارث بين الغرقى والحرقى ونحوهما لجهل أسبقية الوفاة، لكن بفضل الاكتشافات الطبية الحديثة استطاع الطب الشرعي أن يحدد من توفي أولا، ومن ثم يمكن إثبات الميراث وحصره بين أقارب المتوفى، ويعتمد الطبيب الشرعي في الأساس على التغيرات الحادثة بعد الوفاة لتحديد ساعة الوفاة، كما أنه في بعض الأحيان قد يحتاج إلى بعض التحليلات الكيميائية التي قد تساعد في تحديد ساعة الوفاة بشكل أكثر دقة، وهناك عوامل كثيرة تؤثر في سرعة أو إبطاء كل تغير من تغيرات بعد الوفاة، ولذلك فإن

1- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الفرائض، باب الغرقى رقم الحديث: [19163]، 298/10.

2- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الفرائض، باب الغرقى رقم الحديث: [19165]، 298/10.

3- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الفرائض، باب الغرقى رقم الحديث: [19166]، 298/10.

4- مالك، الموطأ، ص254.

5- القاضي عبد الوهاب، المصدر السابق، 220/2.

الطبيب الشرعي يحدد ساعة الوفاة من كل تغير على حدة آخذا في الاعتبار جميع العوامل المؤثرة، ثم من حصيلة النتائج يصل إلى تحديد أكثر دقة لساعة الوفاة، ونلاحظ أن تحديد ساعة الوفاة يكون أكثر دقة كلما تم فحص الجثة في أسرع وقت ممكن، ولذلك فإن الوصف الدقيق للتغيرات الحادثة بعد الوفاة يجب أن يتم بواسطة أول طبيب تعرض عليه الجثة ولو لم يكن طبيب شرعي؛ لأن الوصف الدقيق لتلك التغيرات سوف يساعد الطبيب الشرعي إذا قام بفحص الجثة بعد عدة أيام على تحديد ساعة الوفاة بدقة، والتغيرات التي تساعد على تحديد زمن الوفاة هي ما يلي:

1- **علامات العينين**: عتامة القرنية (ساعتين بعد الوفاة)، انخفاض ضغط العين (ينخفض تدريجيا ليصبح صفر بعد ساعتين)، تقطع عمود الدم في شرايين الشبكية (50٪ من الحالات بعد حوالي 15 دقيقة والنسبة الباقية قد تصل إلى 6ساعات)[1].

2- **برودة الجسم**: أثناء الحياة يفقد الجسم حرارته ثم يستعيد الحرارة التي فقدها عن طريق أكسدة الغذاء وإطلاق الطاقة الحرارية، ولكن بعد الموت يفقد الجسم الحرارة ولا يستعيدها بسبب توقف الوظائف الحيوية عن العمل[2]، ويمكن قياس درجة حرارة الجثة لحساب زمن الوفاة، حيث أظهر العلم الحديث احتمال هبوط ضئيل في حرارة جسم الميت في الساعات الاربعة الأولى وحتى فترة(3-5) ساعات، وفي هذه المدة يكون الهبوط بطيئا. وبشكل عام تهبط درجة حرارة الجسم الميت بمقدار درجة مئوية واحدة في الساعة في الأقاليم المعتدلة، وثلث درجة في الأقاليم الحارة.

ويتبع هذه الفترة الزمنية هبوط سريع في مرحلة تمتد لبضع ساعات، وعادة ما يتم قياس درجة الحرارة بواسطة مقياس يتم إدخاله في فتحة الشرج[3]، وهناك عوامل كثيرة تؤثر على سرعة فقد الجسم للحرارة، كمكان وجود الجثة، سبب الوفاة، الملابس الموجودة على الجثة، طبقة الدهون على الجسم، إلا أن متوسطها ثلاث درجات فهرنهيت في كل من الثلاث ساعات الأولى ودرجتين في كل من

1- أسامة رمضان الغمرى، أساسيات علم الطب الشرعي والسموم للهيئات القضائية والمحامين، دار الكتب القانونية- مصر، (د.ط)، ط: 2005م، ص83.

2- المرجع نفسه، ص83.

3- أيمن العمر، المرجع السابق، ص409.

الثلاث ساعات الثانية ودرجة في كل من الثلاث ساعات الثالثة حتى تصل إلى حرارة الجو (بين8و12ساعة)[1].

3- **ارتخاء العضلات وتفرطح الأجزاء المنضغطة من الجسم:** المقصود به هنا الارتخاء الأولي الذي يحصل عقب الوفاة لتميزه عن الارتخاء الثانوي الذي يحصل بعد زوال التيبس الرمي ويجب أن نذكر أن هناك شواذا لهذه الحالات وهي انقباض بعض العضلات عقب الوفاة رأسا وعدم ارتخائها إلا عند ظهور التعفن كما يحصل في التوتر الرمي والجثة التي تورى جميع العلامات المذكورة حتى الارتخاء الثانوي تشير إلى أنها مضى على وفاتها من 12 إلى 15 ساعة أما التفرطح فسببه انضغاط العضلات في أجزاء الجسم الملاصقة للأرض أو للجسم الموضوع عليه الجثة بثقلها[2].

4- **الزرقة الرمية:** بمجرد حدوث الوفاة وتوقف الدورة الدموية وكذا ارتخاء عضلات حوائط الاوعية تبدأ الجاذبية الأرضية بجذب الدم لأسفل ليتجمع داخل الاوعية الدموية للأجزاء السفلى من الجسم حسب وضع الجسم بعد الموت، وتبدأ الزرقة عادة في الظهور عقب الوفاة بحوالي ساعة(ما بين نصف ساعة إلى ساعتين)، ولكنها تكون مختفية على الأجزاء المظغوطة من الجسم مثل سمانة الأرجل والآليتين وخلف الأكتاف(إذا كانت الجثة على الظهر)، وبزيادة الوقت يزداد وضوح الزرقة إلى أن تثبت بعد ثماني ساعات(ما بين ست إلى أثنتي عشرة ساعة) ومعنى ذلك أن الجثة إذا تم تغيير وضعها بعد ذلك فإن الزرقة لا يتغير مكانها حسب الوضع الجديد للجثة، أما قبل الثبات فإن تغيير وضع الجثة يؤدي إلى تغيير وضع الزرقة(الرسوب الدموي) لتتحول إلى الجزء السفلي من الجسم حسب الوضع الجديد للجثة[3].

وتتوقف شدة الزرقة على بقاء الدم سائلا ولونها على لونه فكلما كان الدم سائلا وقت الوفاة سهل انخفاضه وزاد مقدار الزرقة، كما يحصل في حالات الاسفكسيا وفي ممتلئي الجسم الذين يموتون فجأة، وتقل الزرقة في حالات الوفاة بالنزيف، وعند فحص جثة تجمد فيها الدم تسقط الكرات إلى أسفل ويظهر المصل لأعلى في الجلطة فيرى الوضع الذي كانت عليه الجثة فإن رؤي المصل لأسفل كان ذلك دليلا على أن وضع الجثة تغير، وللزرقة أهمية من الوجهة الطبية الشرعية فضلا عن أنها

1- أسامة رمضان الغمرى، المرجع السابق، ص83. فودة عبد الحكم، المرجع السابق، ص574-575.
2- فودة عبد الحكم، المرجع نفسه، ص575.
3- أسامة رمضان الغمرى، المرجع نفسه، ص84.

علامة أكيدة لحصول الوفاة فإنها تساعد في معرفة المدة التي مضت بين حصول الموت ووقت الكشف وكذلك قد تساعد في معرفة ما إذا كان وضع الجثة قد تغير بعد الموت[1].

5- **التيبس الرمي**: بعد حصول حالة الوفاة تكون الجثة عموما مرتخية، ثم تبدأ في التيبس بسبب انعقاد المواد الزلالية بالعضلات وتحويلها من ميوسينوجين إلى ميوسين ويبدأ عادة بعد ساعتين من الموت بشكل تيبس خفيف في جفني العين والفك السفلى والعنق ويمتد التيبس لأسفل بالتدريج إلى الصدر والبطن ثم الأطراف الامامية والخلفية حتى يتم تيبس جميع عضلات الجسم في نهاية 12 إلى 13 ساعة وعند فحص العضلات وقت التيبس ترى حمضية من تأثير حمض اللبنيك، وتبقى كذلك حتى يبدأ التعفن الرمي أي من يوم في الصيف إلى يومين في الشتاء تقريبا ثم يزول بالترتيب الذي بدأ به وعلى ذلك فمن السهل معرفة ما إذا كان التيبس مبتدئا أو أخذ في الزوال[2]، وتسمى المرحلة التي تلي اختفاء التيبس الرمي بمرحلة الارتخاء الثانوي، وهناك عدة عوامل تساعد على سرعة ظهوره، مثل درجة حرارة الجو، حالة العضلات قبل الموت، السن وقوة العضلات[3].

6- **التعفن الرمي**: هو تحلل المواد العضوية الموجودة بالجثة بفعل إنزيمات الجسم وبكتيريا التعفن، حيث يتأتى الجزء الأعظم من البكتيريا من داخل الجسم خاصة الأمعاء، وجزء آخر يأتي من الهواء المحيط ومن التربة، مما يؤدي إلى ظهور تعفن بشكل اخضرار بجدار البطن من أسفل ولليمين في 6 إلى 8 ساعات صيفا، ومن 12 إلى 24 ساعة شتاءً، وتظهر شجرة التعفن من 24 إلى 36 ساعة في الصيف، ومن 48 إلى 72 ساعة في الشتاء، وتنتشر فقعات الرمية صيفا ما بين 24 و48 ساعة، وشتاءً بعد ثلاثة أيام إلى أربعة، وينزلق الجلد في ثالث يوم صيفا، وبعد خمسة أيام شتاء[4].

وهناك عدة عوامل تؤثر على تعفن الرمي: الهواء، درجة الحرارة، كمية الرطوبة، كمية الدم، كمية البكتيريا في الأنسجة، سبب الوفاة، بعض السموم، الأعضاء المفصولة من الجثة، السن[5].

1- فودة عبد الحكم، المرجع السابق، ص576-577.
2- فودة عبد الحكم، المرجع نفسه، ص578.
3- أسامة رمضان الغمرى، المرجع السابق، ص86-87.
4- أسامة رمضان الغمرى، المرجع نفسه، ص89. شحرور، المرجع السابق، ص34. المنشاوي، المرجع السابق، ص44.
5- أسامة رمضان الغمرى، المرجع نفسه، ص81-90. فودة عبد الحكم، المرجع نفسه، ص582-583.

7- **اليرقات الحشرية:** بعد اكتمال التعفن وأثناء سيره نرى مظهر النشارة الخشبية من بيض الذباب التي ألقاها على الجثة حول فتحات الجسم (الأنف، والفم، الشرج، إلخ) بعد 36 إلى 48 ساعة من الوفاة، وتفقس اليرقات في ثلاثة أيام إلى أربعة أيام من الوفاة، ويكبر حجم اليرقات إلى الحجم الكامل من 5 إلى 7 أيام، وصرح في الجثة حيث تأكل الأنسجة التي تكون في هذا الوقت قد لانت بفعل الخمائر، وتتم الشرنقة في عاشر يوم، ويفقس الذباب في خمسة عشر يوما بعد الوفاة ونستفيد من هذا في حساب المدة الزمنية التي مرت على زمن الوفاة على أساس دورة الحياة في فصل الصيف لتلك الحشرة، أمّا في الشتاء فتتأخر المظاهر يومين إلى ثلاثة عن هذا المعدل[1].

8- **محتويات المعدة:** إنّ فحص وتحليل محتويات المعدة قد يدل على نوع آخر وجبة طعام تناولتها الضحية قبل الوفاة، وهذا قد يساعد على تحديد الزمن الذي مرّ على حصول الوفاة، وبالرغم من أهمية فحص محتوى المعدة لتقصي نوع السموم، فإن قيمة احتساب الزمن الذي مرّ على الوفاة يبقى ذا قيمة زهيدة.

إن وجود بعض أقراص الدواء بشكل كامل أو جزئي يجب عدم إغفال قيمته، فقد نجد أجساما تشبه أغلفة حب العنب أو التوت، وهذه يجب معاينتها بدقة؛ لأنها قد تكون بقايا كبسولات بعض الأدوية[2].

9- **التغيرات الكيميائية بالجسم:** قام الباحثون بتثبيت توقيت الوفاة وذلك بإجراء أبحاث على عناصر بالجسم البشري على أساس كيميائي لا تتأثر بالعوامل والظروف المحيطة بجسم الميت كالتي تؤثر في التغيرات الرمية التي تلي الوفاة، ونتيجة هذه الأبحاث أمكنت بطريقة حسابية الوصول إلى معادلة لتعيين زمن الوفاة، حيث يمكن استخدامها في غضون خمس عشرة ساعة الأولى التي تلي الوفاة[3].

نلاحظ أن المختصين من الأطباء الشرعيين يؤكدون أن تعيين زمن الوفاة يتراوح ما بين الظن الراجح، والظن المرجوح، بحسب الزمن الذي مضى على وفاة الميت، فكلما كانت الوفاة حديثة، كان

1- المنشاوي، المرجع السابق، ص44. فودة عبد الحكم، المرجع السابق، ص583.
2- شحرور، المرجع السابق، ص37.
3- المنشاوي، المرجع نفسه، ص46.

تحديد زمن الوفاة أكثر دقة وأقرب إلى الواقع والحقيقة من غير جزم، وكلما كانت الوفاة قديمة، كان تحديد زمن الوفاة أقل دقة واحتمال الخطأ كبير جدا؛ ذلك أن كثيرا من العوامل تتدخل وتؤثر في التغيرات التي تطرأ على الجسم بعد الوفاة.

ومن أجل ذلك قام بعض الباحثين بإجراء أبحاث على عناصر في الجسم البشري لا تتأثر بالعوامل والظروف المحيطة بجسم الميت، فابتدأوا بدراسة التغيرات الكيميائية للجسم، ونتيجة هذه الأبحاث أمكنت بطريقة حسابية الوصول إلى معادلة لتعيين زمن الوفاة ولكن استخدام هذه الطريقة لا يتسنى إلا في الحالات التي يكون زمن الوفاة فيها قريبا لا يتجاوز الخمس عشرة ساعة، أمّا في حالات الوفاة بعيدة الوقوع، فلربما لا تفيدنا هذه الطريقة شيئا في تحديد زمن الوفاة[1].

10- **التحنط**: إذا بقيت الجثة لمدة طويلة في مكان شديد الحرارة وشديد الجفاف مثل الصحراء فإن عملية التعفن تتوقف وتتبخر السوائل الموجودة بالجثة فتجف الجثة وهي محتفظة بأنسجتها وتصبح في حالة تسمى التحنط، وتحتاج الجثة من 03 إلى 12 شهرا لتكتمل عملية التحنيط تبعا لحجم الجثة وشدة الحرارة والجفاف، وتعتبر عملية التحنط مهمة للطب الشرعي حيث يمكن التعرف على الجثة وكذلك معرفة سبب الوفاة حيث أن الجثة في هذه الحالة تكون محتفظة بكامل أنسجتها، كما يمكن تحديد الفترة المنقضية على الوفاة من درجة التحنط[2].

11- **التشمع الرمي**: إذا ظلت الجثة مغمورة تحت الماء لفترة طويلة، وخاصة إذا كانت على عمق كبير حيث درجة الحرارة المنخفضة، في هذه الحالة تتوقف عملية التعفن وتتحول إلى ما يسمى التشمع الرمي، حيث تتحول الأحماض الدهنية غير المشبعة الموجودة بالجثة إلى أحماض دهنية مشبعة، فتصبح الشحوم بالجثة أكثر صلابة وتكون ذا رائحة زنخة، وتبدأ عملية التشمع بعد حوالي ثلاثة أسابيع وتكتمل بعد حوالي ستة أشهر، وتعتبر عملية التشمع الرمي مهمة للطب الشرعي حيث يمكن التعرف على الجثة وكذلك معرفة سبب الوفاة حيث أن الجثة في هذه الحالة تكون محتفظة بكامل أنسجتها، كما يمكن تحديد الفترة المنقضية على الوفاة من درجة التشمع التي حدثت للجثة[3].

1- أيمن العمر، المرجع السابق، ص412-414.
2- أسامة رمضان الغمرى، المرجع السابق، ص92.
3- المرجع نفسه، ص92-93.

12- **التصبن:** هو حالة تعفن خاصة حيث يتأخر تحلل الجثة إن لم يتوقف كليا، ربما لعدة سنوات بداعي تحلل الدهن بالماء والهدرجة.

ويبدأ ظهوره في الأماكن الممتلئة دهنا في الجسم مثل: الوجنات، الأرداف، أثداء الإناث وحتى في الاجزاء الداخلية: مثل الكبد، والكليتين والقلب، وعندما يكون حديث الظهور فهو ذو ملمس شحمي دهني، أبيض اللون يميل قليلا إلى الاصفرار، مع الوقت يصبح هشا تنبعث منه رائحة الأمونيا وهو قابل للاشتعال حيث يرسل لهبة صفراء اللون، وهو أكثر ما يتشكل في بيئة رطبة، أو بعد الغطس في الماء، فالبيئة الرطبة والمحيط المائي مضافا اليهما فعل البكتيريا تشكل عوامل أساسية لظهور التصبن، وكذلك فإن سرعة تشكله تعتمد على غزارة وجود المحتوى الدهني في الجسم، وعلى وجود الملابس أو عدمه على الجثة، وقد تمر عدة أسابيع أو حتى شهور قبل أن يصبح التصبن ظاهرا للعيان ولا يمكن تحديد وقت دقيق لذلك.

إن أهمية التصبن تكمن في قدرته على حفظ الجسم مدة طويلة تسمح بالتعرف عليه بعد مرور وقت طويل، مما يسمح باستنتاج ولو مؤقت لسبب الوفاة[1].

وخلاصة القول إن تحديد زمن الوفاة يعتمد على ما يلي:

- درجة انخفاض درجة حرارة الجثة.
- درجة ظهور التيبس الرمي وانتشاره على الجسم ثم اختفاؤه.
- درجة انتشار التعفن الرمي.
- درجة انتشار التحنط أو التشمع الرمي.
- محتويات المعدة: خلو المعدة يدل على أن الوفاة حدثت بعد على الأقل ثلاث ساعات من آخر وجبة تناولها.
- في بعض الأحوال يحتاج الطبيب الشرعي عمل تحليل كيميائي للدم أو السائل السحائي أو الخلط الزجاجي للعين لتحديد ساعة الوفاة[2].

1- شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، مرجع سابق، ص35-36.
2- المرجع نفسه، ص93-94.

الفرع الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات أسبقية الوفاة في القانون المقارن

عند الرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه نص في المادة 129 على أنه: "إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا"، وهو ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16-03-1999م على أنه: "من المقرر قانون أنه إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا، ومتى تبين –في قضية الحال- أن الطاعن لم يثبت مزاعمه بدليل إذا كان والده وجده قد توفيا في وقت واحد حتى لا يرث أحدهما الآخر، وأن قضاة الموضوع بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"[1]، وهو ما ذهب إليه أيضا القانون المصري في المادة 3 على أنه: "إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أوّلا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا"، والقانون المغربي في المادة 328 على أنه: "إذا مات عدة أفراد، وكان بعضهم يرث بعضا، ولم يتوصل إلى معرفة السابق منهم، فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر، سواء كانت الوفاة في حادث واحد أو لا"، والقانون التونسي في الفصل 86 على أنه: "إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أوّلا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا"، والقانون الأردني في المادة 282 على أنه: "إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم توارث ولم يعرف أيهم مات أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر".

نلاحظ من خلال هذه المواد أنها أخذت برأي الجمهور، وهو عدم توارث بين الغرقى والحرقى ونحوهما لجهالة أسبقية الوفاة، وعند التدقيق في أقوال جمهور الفقهاء ونصوص مواد القانون أنهما أشارا إلى أنه إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، لكن بفضل الاكتشافات الطبية استطاع الطبيب الشرعي أن يحدد ساعة الوفاة بشكل أكثر دقة، ولهذا

1- انظر: قرار محكمة العليا، ملف رقم: 219318، بتاريخ: 16-03-1999م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1999م، العدد: 02، ص183.

على القاضي في مثل هذه القضايا مراقبة وفحص ما يقدم له من تقارير وشهادات طبية ومعاينات؛ ليتأكد من الشك والوصول حقا إلى معرفة السابق من اللاّحق[1].

وعليه يعتبر الطب الشرعي وسيلة من وسائل الإثبات التي يعرف بها أسبقية الوفاة، ومن ثم حصر الإرث بين أقارب الميت.

1- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، ص110.

المبحث الرابع: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات تصرفات مريض مرض الموت في الميراث

إن تصرفات مريض مرض الموت تعتبر من أهم الموضوعات التي تناولها الفقهاء لا سيما إذا تعلق الأمر بالميراث، فغالبا ما يتصرف المريض ببعض التصرفات التي يقصد بها الإضرار بالورثة كزواجه، وطلاقه، وتبرعاته، وغيرها، من هذا المنطلق يمكن طرح إشكاليات مفادها كالتالي: ما المقصود بمرض الموت؟ ما موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من توريث المتزوجين في مرض الموت؟ ما موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من توريث المطلقة في مرض الموت؟

للإجابة على هذه الإشكاليات قسمت المبحث إلى ثلاثة مطالب، مطلب أول تناولت فيه مفهوم مرض الموت، ومطلب ثان: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مجال الميراث.

المطلب الأول: مفهوم مرض الموت

الفرع الأول: تعريف مرض الموت

لتحديد مصطلح مرض الموت يتطلب منا تعريفه باعتبار مفردية؛ أي: كلمة مرض، وكلمة الموت، وباعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا.

أولا: تعريف مرض الموت باعتبار مفردية

1- تعريف المرض لغة واصطلاحا:

أ- **تعريف المرض لغة:** هو السُقْم نقيض الصّحّة، وهو كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة من علة ونفاق أو تقصير في أمر، وَأَمْرَضَهُ اللّه وَمَرَّضَهُ تَمْرِيضًا قام عليه في مرضه ويقال: أتيت فلانا فأمرَضته؛ أي: وجدته مريضا[1].

ب- **تعريف المرض اصطلاحا:** هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص[2]، وعند الأطباء

1- الجوهري، المصدر السابق، 683/3. ابن فارس، المصدر السابق، 827/1. الرازي، مختار الصحاح، ص536. ابن منظور، المصدر السابق، 56/14-57. الفيومي، المصدر السابق، ص354.

2- الجرجاني، المصدر السابق، ص211.

هو خروج الجسم عن حالة الاعتدال التي تعني قيام أعضاء البدن بوظائفها المعتادة، والأمراض بالإجمال توقع المرضى بحالة من الضعف والتعب والإرهاق النفسي والجسدي[1].

2- تعريف الموت لغة واصطلاحا:

أ- **تعريف الموت لغة:** ضدّ الحياة، وقد مات يموت ويمات أيضا، فهو ميِّتٌ ومَيْتٌ مشدّدا ومخفّفا وقوم موتى وأموات وميِّتون وميْتون مشدّدا ومخفّفا ويستوي فيه المذكّر والمؤنّث، قال تعالى: ﴿لِّنُحْۦِۦَ بِهِۦ بَلْدَةً مَّيْتًا﴾[2]، ولم يقل ميتة[3].

ب- **تعريف الموت اصطلاحا:** هو صفة وجودية خلقت ضدًا للحياة[4]، وعند الأطباء هو خروج الروح من الجسد أو مفارقة الحياة للإنسان مفارقة تامة تتوقف بعدها كل الأعضاء توقفا تاما عن أداء وظائفها[5].

ثانيا: تعريف مرض الموت باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا

لم يتفق الفقهاء في تحديد مصطلح مرض الموت نظرا لاختلاف مذاهبهم في تحديد العلامات الدالة عليه، وكذلك طبيعة الأمراض التي تنتهي بالإنسان إلى الموت، لذا سأعرض تعريفات الفقهاء لمرض الموت.

1- **الحنفية:** عرف فقهاء الحنفية مرض الموت بعدة تعريفات منها:

أ- مرض الموت هو الذي أضْناه المرض وصار صاحب فراش، فأمّا إذا كان يذهب ويجيء وهو مع ذلك يُحمّ فهو بمنزلة الصّحيح[6].

1- كنعان، المرجع السابق، ص805.
2- سورة الفرقان، الآية: 49.
3- الجوهري، المصدر السابق، 162/1. الرازي، مختار الصحاح، ص551. ابن منظور، المصدر السابق، 147/14-149.
4- الجرجاني، المصدر نفسه، ص235.
5- كنعان، المرجع نفسه، ص833.
6- الكاساني، المصدر السابق، 224/3.

ب- مرض الموت هو الذي يُخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاده الأصحّاء[1].

2- المالكية: مرض الموت هو كل مرض يُقعد صاحبه عن الدّخول والخروج، وإن كان جذاما، أو برصا، أو فالجا[2].

3- الشافعية: مرض الموت هو كل مرض مخوف منه وذلك مثل حُمّى بدأت بصاحبها حتّى جهدته، والبِرْسام[3] والرُّعاف الدّائم، وذات الجنب[4]، والخاصرة، والقولَنْج[5]، وما أشبه هذا وكلّ واحد من هذا انفرد فهو مرض مخوف[6].

4- الحنابلة: مرض الموت هو كل مرض مخوف اتّصل به الموت كالبِرْسام، وذات الجنب والرّعاف الدّائم، والقيام المتدارك[7]، والفالج في ابتدائه[8]، والسِّلّ في انتهائه[9]، وما قال عدلان من أهل الطّبّ أنّه أنّه مخوف[10].

5- الفقهاء المحدثون: مرض الموت هو المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالها

1- ابن الهمام، المصدر السابق، 151/4. الزيلعي، المصدر السابق، 248/2.

2- الباجي، المصدر السابق، 74/6.

3- **البِرْسام:** هو بخار يرتقي إلى الرّأس ويؤثّر في الدّماغ فيحيل عقل صاحبه، وقال عياض: هو ورم في الدّماغ يتغيّر منه عقل الإنسان ويهذي. ينظر: ابن مفلح، المصدر السابق، 211/5.

4- **ذات الجنب:** هو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة. ينظر: الجرجاني، المصدر السابق، ص36.

5- **القولَنْج:** هو أن ينعقد الطّعام في بعض الأعضاء ولا ينزل عنه. ينظر: ابن مفلح، المصدر نفسه، 211/5.

6- الشافعي، الأم، 112/4.

7- **القيام المتدارك:** هو المبطون الذي أصابه الإسهال ولا يمكنه إمساكه، فإن كان يجري تارة وينقطع أخرى، فإن كان يوما أو يومين فليس بمخوف؛ لأنّه قد يكون من فضلة الطّعام إلّا أن يكون معه زحير وتقطيع، فيكون مخوفا؛ لأنّه يُضعف البدن. ينظر: ابن مفلح، المصدر نفسه، 211/5.

8- **الفالج:** هو داء معروف يُرخي بعض البدن. ينظر: المصدر نفسه، 212/5.

9- **السِّلّ:** هو بكسر السّين داء معروف، وقد سلّ وأسلّه اللّه تعالى فهو مسلول على غير قياس. ينظر: المصدر نفسه، 212/5.

10- المصدر نفسه، 212/5.

المعتادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير، فإن كان يتزايد اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده أو تغيره، ولو دام أكثر من سنة[1].

6- عرفه الطب الحديث بأنه المرض الذي لا علاج له إذا ما وصل إلى درجة يندر معه الشفاء غالبا[2].

من خلال هذه التعريفات نلاحظ أن تعريف الحنفية في مرض الموت أنه أشار إلى العلامات الدالة عليه كأن يصير صاحب فراش، وفي الحقيقة قد تكون هناك أمراضا تقعد صاحبها الفراش ولا يقوم بحوائجه في البيت ومع ذلك فإنها لا تؤدي به إلى الموت والعكس قد يكون صحيحا، أمّا تعريف المالكية لمرض الموت بأنه كل مرض يُقعد صاحبه عن الدّخول والخروج لا يسلم هذا من أن تكون هناك أمراضا هي في الحقيقة تؤدي به إلى الموت ومع ذلك لا تمنع صاحبها من الدخول والخروج كأمراض السرطان والإيدز، وأمّا تعريف الشافعية أنه اقتصر على مرض الموت بأنواع الأمراض التي يصاب بها المريض كالبِرْسام، والرُّعاف الدّائم، وذات الجنب، والقولَنْج، وهي في الحقيقة أمراض يمكن معالجتها في هذا العصر الذي تطور فيه الطب، وبالتالي فهي أمراض غير مخوفة، أمّا تعريف الحنابلة فهو أقرب للصواب؛ باعتبار أنه عرف مرض الموت بأنه هو كل مرض مخوف اتّصل به الموت، كما أنه قيد المرض المخوف بالرجوع إلى أهل المعرفة من علماء الطب، وقد سار على هذا التعريف الفقهاء المحدثون كالزحيلي.

وعند الرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر حتما إلى الموت ويفقد المتصرف وعيه وتمييزه[3].

1- الزحيلي، الفقه الإسلاميّ وأدلّته، مرجع سابق، 2978/4.

2- كنعان، الموسوعة الطبية، مرجع سابق، ص

3- قرار محكمة العليا، غ.م، ملف رقم: 33719، بتاريخ: 09-07-1984، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1989م، العدد: 03، ص51.

المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من توريث المتزوجين في مرض الموت

أولا: موقف الفقه الإسلامي من توريث المتزوجين في مرض الموت

اختلف فقهاء الإسلام في توريث المتزوجين في مرض الموت على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية[1]، والظاهرية[2] على صحة عقد الزواج في مرض الموت وعلى ثبوت التوارث بين الزوجين، واستدلوا بالكتاب والآثار.

1- القرآن: قال تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾[3] .

وجه الدلالة من الآية: أباح اللّه تعالى ورسوله -صلّى اللّه عليه وسلّم- النّكاح، ولم يخصّ في القرآن، ولا في السّنّة صحيحا وصحيحة من مريض ومريضة ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾[4] وما نعلم للمخالف حجّة أصلا لا من قرآن، ولا سنّة، ولا قول صاحب، ولا من رأي يعقل[5].

2- الآثار:

أ- قال ابن مسعود: «**لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْ أَجَلِي إِلَّا عَشَرَةُ أَيَّامٍ، وَأَعْلَمُ أَنِّي أَمُوتُ فِي آخِرِهَا يَوْمًا، لِي فِيهِنَّ طَوْلُ النِّكَاحِ، لَتَزَوَّجْتُ مَخَافَةَ الْفِتْنَةِ**»[6].

ب- قال معاذ في مرضه الذي مات فيه: «**زَوِّجُونِي إِنِّي أَكْرَهُ أَنْ أَلْقَى اللَّهَ أَعْزَبَا**»[7].

1- الشافعي، الأم، مصدر سابق، 108/4.

2- ابن حزم، مصدر سابق، 152/9.

3- سورة النساء، الآية: 3.

4- سورة مريم، الآية: 64.

5- ابن حزم، المصدر نفسه، 155/9.

6- أخرجه سعيد بن منصور في سننه، باب التّرغيب في النّكاح، رقم الحديث: [493]، 164/1.

7- أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النّكاح، باب في التّزويج من كان يأمر به ويحثّ عليه، رقم الحديث[15909]، 453/3.

من خلال الأدلة التي ستدل بها جمهور الفقهاء في صحة عقد الزواج في مرض الموت يتوجب إثبات التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج[1]، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ﴾[2].

القول الثاني: ذهب المالكية في الراجح عندهم إلى عدم صحة عقد الزواج في مرض الموت وإن أذن له الوارث الرّشيد في ذلك؛ لاحتمال موت الآذن أو صيرورَتِهِ غير وارث، وسواء احتاج المريض إلى النّكاح أم لا؛ لأنّ في النّكاح إدخال وارث محقّق[3].

الراجح:

من خلال أدلة الفريقين يتضح للباحث –والله أعلم– أن القول الأول هو الراجح باعتبار أن النكاح يحقق المقاصد الشرعية الضرورية والحاجية؛ لأن المريض مرض الموت يحتاج إلى من يعينه في قضاء حوائجه كالرعاية، والعلاج، وغيرها، ولذلك المالكية في رواية لهم يجوزون للمريض التزوج إذا كان محتاجا إليه وإن منعه الوارث منه[4]، وعليه يجوز للمريض مرض الموت أن يتزوج شريطة أن لا يكون في نيته إدخال وارث للورثة، وأن يكون محتاجا إلى الزواج، فإذا مات المريض من مرضه المخوف فإن زوجته تعتد عدة المتوفى عنها وترث منه.

أمّا إذا كان المريض غير محتاج إلى الزواج وكانت نيته إدخال وارث عليهم ففي هذه الحال يجوز للورثة أن يثبتوا أن هذا التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، كما يحق لهم اللجوء إلى الطبيب الشرعي من إثبات مرض الموت وذلك من خلال التقارير الطبية الصادرة عن الجهات المختصة لمعالجة مُوَرِّثهم، يقول ابن قدامة –رحمه الله–:"وما أشكل أمره من الأمراض، رُجع فيه إلى

1– محمود إسماعيل مشعل، أحكام المرض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية– الإسكندرية، ط1: 2013م، ص238.

2– سورة النساء، الآية: 12.

3– الدسوقي، المصدر السابق، 276/2. الخرشي، المصدر السابق، 234/3.

4– الخرشي، المصدر نفسه، 234/3.

قول أهل المعرفة، وهم الأطبّاء؛ لأنّهم أهل الخبرة بذلك والتّجربة والمعرفة، ولا يقبل إلّا قول طبيبين مسلمين ثقاتٍ بالغين؛ لأنّ ذلك يتعلّق به حقّ الوارث وأهل العطايا، فلم يُقبل فيه إلّا ذلك"[1].

ثانيا: موقف القانون المقارن من توريث المتزوجين في مرض الموت

نلاحظ في قانون الأسرة الجزائري أنه اعتبر عقد الزواج فاسدا في مرض الموت وهذا من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 23-05-2001م من أن النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو الزوج لا إرث فيه[2]، وكذلك نفس الأمر اعتبر القانون المغربي زواج مرض الموت فاسدا وهذا من خلال المادة 61 على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده وذلك إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أن يشفي المريض بعد الزواج"، فالقانون المغربي يختلف عن القانون الأسرة الجزائري في أن الفسخ يزول إذا شفي المريض بعد الزواج، فكلا من قانون الأسرة الجزائري والقانون المغربي قد أخذا من المذهب المالكي من أن الزواج في مرض الموت غير صحيح وإن أذن له الوارث الرّشيد في ذلك؛ لأن سبب فساده هو إدخال وارث محقق في التركة لم يكن موجوداً قبل المرض.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من توريث المطلقة في مرض الموت

أولا: موقف الفقه الإسلامي من توريث المطلقة في مرض الموت

الطّلاق الرّجعي لا يسقط التّوارث بينهما ما دامت في العدّة سواء كان في المرض أو الصّحّة بغير خلاف، وذلك لأنّ الرّجعيّة زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه، ويملك إمساكها بالرّجعة بغير رضاها ولا وليّ ولا شهود ولا صداق جديد[3]، أمّا المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت المخوف ففي توريثها أربعة أقوال[4]:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن المطلقة من طلاق بائن في حال المرض ترث إذا توفي مطلقها

1- ابن قدامة، المغني، 203/6.

2- قرار محكمة العليا، ملف رقم: 251656، بتاريخ: 23-05-2001م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 2002م، العدد: 01، ص305.

3- ابن قدامة، المصدر نفسه، 394/6.

4- الفوزان، المرجع السابق، ص34.

فيعدّتها وبعد انقضاء عدّتها لا ترث؛ لأنّ الزّوجيّة سبب إرثها في مرض موته والزّوج قصد إبطاله فيردّ عليه قصدُه بتأخير عمله إلى انقضاء العدّة لبقاء بعض الأحكام كما رُدّ تبرُّعاتُه في حقّ الغريم والوارث وكما رُدّ قصد القاتل حتّى بطل إرثُه من المقتول بخلاف ما إذا ماتت هي حيث لا يرثها؛ لأنّ الزّوجيّة في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه منها لا سيّما إذا رضي به هو وبخلاف ما إذا طلّقها بسؤالها؛ لأنّها رضيت ببطلان حقّها ولا يمكن إبقاء السّبب بعد انقضاء العدّة [1].

القول الثاني: كل مريض مثبت المرض طلق امرأته في مرضه ثم مات من ذلك المرض ورثته امرأته عند مالك وجمهور أهل المدينة، وعليه أكثر أهل العلم اتباعا لعثمان في توريث امرأة عبد الرحمن بن عوف –رضي الله عنهما–، وسواء عند مالك مات في العدة أو بعد انقضاء العدة، وسواء عند مالك طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا، وسواء تزوّجت أم لم تتزوّج، اتباعا لقضاء عثمان –رضي الله عنه– بمحضر جماعة من الصحابة ولم يُنكر عليه أحد إلّا عبد الرّحمن إلّا أنّه محكوم عليه فلا يُعتبر رضاه، والطلاق البت والخلع وغير ذلك سواء إذا كان المرض مخوفا عليه ومات منه[2].

القول الثالث: ذهب الشافعي في الصحيح من قوليه أن المطلقة من طلاق بائن في حال المرض المخوف المتصل بموته أنها لا ترث؛ لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة[3].

القول الرابع: ذهب الإمام أحمد في المشهور عنه أن المطلقة من طلاق بائن في حال المرض المخوف المتصل بموته أنّها ترثه في العدّة وبعدها ما لم تتزوّج؛ لأنّ سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدّة[4].

الراجح:

من خلال النظر في أدلة المذاهب يتبين أن سبب اختلافهم هو في وجوب العمل بسدّ الذّرائع، وذلك أنّه لمّا كان المريض يُتّهم في أن يكون إنّما طلّق في مرضه زوجته ليقطع حظّها من الميراث،

1- الزيلعي، المصدر السابق، 245/2-246.

2- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة- السعودية، ط2: 1980م، 585/2. القرافي، الذخيرة، 14/13. ابن رشد، المصدر السابق، 66/2.

3- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 408/2.

4- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 396/6.

فمن قال بسدّ الذّرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسَدّ الذّرائع ولاحظ وجوب الطّلاق لم يوجب لها ميراثا[1]، وعليه فإن الراجح من الأقوال هو قول الحنابلة؛ باعتبار أن تطليق زوجته في مرض الموت فيه ضرر محض، وهو يدل أيضا على القصد السيئ من المطلق في حرمان زوجته من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عثمان –رضي الله عنه– ورَّث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف الذي كان قد طلقها في مرضه، فبتَّها، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم، وعليه فإن المطلق إذا طلّق زوجته وهو مريض مرض الموت فإنها ترثه في العدّة وبعدها ما لم تتزوّج شريطة أن يكون الطلاق في حالة يغلب فيها على المريض الهلاك، وأن يموت الزوج بهذا المرض؛ لأنه في هذه الحالة يكون فارا من إرثها، فيرد عليه بنقيض قصده، ومن ثم يجوز للزوجة أن ترفع دعوى ضد زوجها أمام القضاء، وتستعين بذلك إلى التقارير الطبية التي تثبت مرض زوجها المخوف عن طريق الأطباء الأخصائيين الذي كان يعالج عندهم، يقول الإمام الشربيني –رحمه الله–: "ولو شككنا في كونه؛ أي: المرض مخوفا لم يثبت إلّا بقول طبيبين عالمين بالطّبّ حرّين عدلين؛ أي: مقبولي الشّهَادة؛ لأنّه تعلّق به حقّ آدميّ من الموصى له والوارث"[2].

ثانيا: موقف القانون المقارن من توريث المطلقة في مرض الموت

من الملاحظ أن المعتدة من طلاق رجعي ترث زوجها وهو يرثها أيضا؛ لأن الزوجية قائمة ما لم تنتهي العدة وهذا ما نصت علية المادة 132 من ق.أ.ج على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، أمّا المعتدة من طلاق بائن فإنها لا ترث إلا إذا طلقها زوجها وهو في مرض الموت باعتبار أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وعليه فإن الطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا؛ لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من

1- ابن رشد، المصدر السابق، 66/2.

2- الشربيني، المصدر السابق، 83/4.

الميراث عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود[1]، فهو بذلك قد أخذ بالمذهب المالكي في أن كل من طلق امرأته في مرضه ثم مات من ذلك المرض ورثته امرأته سواء مات في العدة أو بعد انقضاء العدة، بينما القانون السوري والمصري قد أخذا برأي الحنفية في توريث المرأة في طلاق الفارّ إذا مات الزوج وهي في العدة، حيث نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 116 على أنه: "من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً، بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة، والمرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت"، وأمّا قانون الأحوال الشخصية المصري فقد نصت المادة 11 من قانون المواريث على أنه: "تعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته".

والسبب في تقرير الإرث على الرغم من الطلاق هو معاملة الزوج بنقيض مقصوده، فإنه أراد إبطال حق الزوجة في الميراث، فيرد عليه قصده، ما دامت العدة باقية، لبقاء آثار الزوجية، فإن دلت القرائن على أنه لم يرد حرمانها من الإرث، كأن يكون الطلاق بطلبها أو عن طريق المخالعة، فلا ترث في عدة الطلاق البائن، وترث في عدة الطلاق الرجعي[2].

1- قرار محكمة العليا، ملف رقم: 179696، بتاريخ: 17-03-1998م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 2002م، العدد: خاص، ص98.

2- الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7064/9.

خاتمة

بعد البحث والدراسة في مجال التطور الطبي والبيولوجي وأثره على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة توصلت إلى عدد من النتائج والاقتراحات، والتي من شأنها تكون بإذن الله فائدة لأمتنا الإسلامية، وألخصها في النقاط الأتية:

أولا: النتائج

1- إن نظام الإثبات يشترط فيه أن يكون أمام مجلس القضاء، وبالطرق التي نص عليها الفقه الإسلامي أو القانون، كما يجب أن يكون على حق أو واقعة متنازع فيه، من أهدافه إثبات حقوق الناس وحفظه، وصيانتها من الضياع، ورفع الظلم عنهم وذلك بفض النزاعات، وقطع الخصومات الناجمة بين الناس، وبالتالي يستتب الأمن ويتحقق العدل.

2- إن البينة اسم لما يبين الحق ويظهره، لذلك يجب علينا مراعاة الوسائل الحديث التي ظهرت في هذا العصر، والتي بدورها تعتبر قرائن قطعية في إثبات وحفظ حقوق الناس، كاستعمال البصمة الوراثية وإجراء تحاليل الدم، وغيرها، ومع ذلك لا نفتح المجال للطامعين بأن يتخذوا أية وسيلة في سلب حقوق الناس، بل لابد من ضبطها بقواعد دقيقة وسالمة من العيوب، لهذا اعتنت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بوضع شروط معينة لطرق الإثبات تحقق الهدف الأسمى للقضاء، وهي:

أ- أن تكون طرق الإثبات مشروعة.

ب- أن تفيد طرق الإثبات العلم أو غلبة الظن.

ج- أن تكون طرق الإثبات سالمة من العيوب.

3- إن مصطلح الأحوال الشخصية لم يكن معروفا عند فقهاء المسلمين القدامى، وإنما هو اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية، وأحوال عينية، وعليه فإنه يصعب تحديد مصطلح الأحوال الشخصية بشكل دقيق؛ باعتبار أنه وقع نزاع بين المحاكم التي تحكم بالقوانين الوضعية وبين المحاكم الشرعية في عدة مواضيع، بحيث كل يدعي أن هذه المواضيع أو الأبواب من اختصاصه، لكن يمكن تحديد المسائل التي يتناولها بوجه عام، ومنه فإن مسائل الأحوال الشخصية تنقسم إلى أربع فئات هي:

أ- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

ب- المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق، وما ينجم عليهما من آثار كالنفقة، والحضانة، وإثبات النسب، وغيرها.

ت- المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية.

ث- المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا والمفقود، وغيرها.

4- الطب الشرعي هو: فرع من الطب الذي يبحث في تطبيق العلوم الطبية بهدف تفسير وإيضاح وحل الكثير من القضايا التي تنظر أمام مجلس القضاء، كالإجرام، ومعرفة المجرمين، والحالات العقلية للفرد ومدى قابلية لإدارة شؤون نفسه، ومسؤولية الأطباء، وذوي المهن الطبية تجاه مرضاهم، وإثبات النسب، وتحديد أسبقية الوفاة عند الموت الجماعي، وغيرها، والذي بدوره يسهل على القاضي إصدار حكمه القانوني.

5- الطب الشرعي وسيلة من وسائل الإثبات التي تحقق مبدأ العدالة، ويدخل ضمن ما يعرف بسؤال أهل الخبرة، وهو قرينة يستأنس بها القاضي في إصدار أحكامه، ومشروعيته تنطلق من مدى مشروعية الاستعانة بالخبير، وقد دل الكتاب، والسنة النبوية، وعمل الصحابة، والمعقول، على سؤال أهل الخبرة فيما يتعلق بإثبات الحقوق، كما أن القانون الوضعي اعتبر الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات، تتم بواسطة أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة في النواحي الفنية التي لا تتوفر لدى القضاة.

6- إن الطبيب الشرعي تكمن أهميته في إثبات الحقائق والوقائع عن طريق وسائل طبية وبيولوجية هي في الحقيقة قرائن يعتمد عليها القاضي في حكمه، فهو بذلك يمثل حلقة وصل بين القاضي والخصوم، وعليه فإن وسائل الطب الشرعي كثيرة ومتنوعة منها على سبيل المثال لا سبيل الحصر: التحاليل الطبية والبيولوجية (تحليل فصائل الدم: التحليل الجيني (البصمة الوراثية))، التشريح، الفحص الطبي، وغيرها.

7- البصمة الوراثية: هي المورثة التي تحدد هوية الفرد، وتنتقل عبر الأجيال من الآباء إلى الأبناء، بحيث تعتبر طريقا من طرق الإثبات، فهي وسيلة لا تكاد تخطئ من ناحية تحديد هوية الفرد، فيتفرد كل شخص ببصمته الوراثية.

8- طرق إثبات النسب خمسة، وهي: الفراش، الإقرار، البينة، القيافة، والقرعة، فالثلاثة الأولى متفق عليها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وأمّا الرابع فبه قال جمهور الفقهاء، وأمّا الخامس فبه قال بعض أهل العلم، والبصمة الوراثية تعتبر طريقا من طرق إثبات النسب، فتأخذ حكم القيافة قياسا؛ بحيث لا تُقدَّم على الأدلة الشرعية والقانونية المتفق عليها؛ لأنها أقوى في تقدير الشرع والقانون في حين أن البصمة الوراثية لا تزال حتى الآن في طور التجربة والاختبار، كما أنه لا يجوز استخدامها في التأكد والتحقق من النسب الثابت بالطرق الشرعية والقانونية.

9- يجوز استعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ- حالات التنازع على مجهول النسب

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات.

ت- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب.

ث- حالات البحث عن الجثث المشوهة؛ باعتبار أنها تحقق مصلحة كبيرة للناس لا سيما إذا ارتبط الأمر بإثبات حقوق الناس كالميراث.

10- يلحق ولد الزنا الذي لا ينسب إلى فراش بالزاني بشرط أن يثبت أبوته بالبصمة الوراثية أو بغيرها من وسائل الإثبات الطبية والبيولوجية، كإجراء تحاليل الزمر الدموية؛ لأن الشريعة الإسلامية تتشوف لإثبات النسب، فيثبت بأيسر الطرق، تطبيقا لقاعدة دفع أعلى المفسدتين بتحمل أدناهما، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما، فعدم إلحاق الولد بأبيه الزاني يؤدي إلى يُتمه وتشرده، فينجم عن ذلك مفسدة أكبر من إلحاقه بأبيه، فإثبات نسب الولد بأبيه الزاني فيه مصلحة كبيرة للولد، فيحصل بذلك على النفقة والرعاية الكاملة.

11- إن الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان، فإذا ثبت النسب بإحدى الطرق الشرعية الفراش، أو الإقرار، أو شهادة الشهود، فإنه لا يجوز نفيه إلا بطريق واحد وهو اللعان؛ لأن الشارع يحتاط للأنساب، ويكتفي في إثباتها بأدنى الأسباب، لكن يمكن للزوج أن يلجأ إلى البصمة الوراثية في التحقق من نسب الولد إمّا بنفيه فتكون قرينة في طلب اللعان، وإمّا بإثباته فيعدل عن اللعان، لكن إذا جاءت نتائج البصمة الوراثية توافق الحامض النووي بين المولود والزوج الملاعن فإنه لا يلتفت إلى قوله وإن لاعن، فيثبت نسب المولود لأبيه الملاعن؛ لأن النبي—صلى الله عليه وسلم- أثبت النسب بمجرد

الشبه الظاهري فكان من باب أولى إثباته بالبصمة الوراثية القطعية الدلالة، وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية التونسي، والقانون المدني الفرنسي.

12- إن أقل مدة الحمل التي قررها الفقهاء والقانونيون تتفق مع الحقائق الطبية، وهي ستة أشهر، أمّا أقصى مدة الحمل لا دليل عليه من الشرع، وما جاء من أقوال الفقهاء فهي وقائع حدثت لإحدى النساء الواهمات بالحمل الكاذب الذي تتصور أنه بقي في بطنها سنينا، قد يحدث أنها تحمل فعلا، فتضع طفلا طبيعيا في فترة حمله، ولكنها نتيجة وهمها وإيهامها من حولها من قبل تتصور أنها قد حملته لمدة ثلاث أو أربع سنين، وبالتالي فهي حكايات خرافية لا سند لها من الصحة مطلقا، وعليه إن أقصى مدة الحمل يرجع إلى الغالب وهو تسعة أشهر، وهو موافق أيضا لما توصل إليه الطب الحديث، ومعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية قد أخذت بأن أقصى مدة الحمل بين تسعة أشهر إلى سنة.

13- اتفق الفقهاء على أن المبال هو المرجح الأساسي في تحديد جنس الخنثى قبل البلوغ، فإن كان يبول من ذكره فهو ذكر، وإن كان يبول من فرجه فهو أنثى، وإن كان يبول منهما معا في وقت واحد فالترجيح بأسبقهما خروجا من أحد العضوين، واختلفوا فيما إذا كان يبول منهما معا في وقت واحد وتساويا في السبق على كثرة البول من أحد المخرجين، فالمرجع في تحديد جنس الخنثى هو الطب الحديث، وعليه فالطبيب ينظر إلى معايير طبية وبيولوجية تؤهله في معرفة جنس الخنثى إما على مستوى الصبغيات، أو على مستوى الغدة التناسلية، أو فحص الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنية، كما أنه استطاع الطب الحديث أن يقوم بتصحيح جنس الخنثى، وهذا بعد إجراء العمليات الجراحية اللازمة له، كما أنه يمكن تحديد ميراثه على مستوى هذه المعايير.

14- إثبات الميراث وحصره بين أقارب المتوفى يعتمد أساسا على التغيرات الحادثة بعد الوفاة، وذلك من أجل تحديد أسبقية الوفاة، وكلما تم فحص الجثة في أسرع وقت ممكن كان تحديد ساعة الوفاة أكثر دقة، وعليه فإن تحديد أسبقية الوفاة يعتمد على أمور هي:

- درجة انخفاض حرارة الجثة.
- درجة ظهور التيبس الرمي وانتشاره على الجسم ثم اختفائه.
- درجة انتشار التعفن الرمي.

- درجة انتشار التحنط أو التشمع الرمي.
- محتويات المعدة.
- التغيرات الكيميائية بالجسم.

15- إن تطليق الزوج زوجته في مرض الموت فيه ضرر للزوجة، وهو يدل على القصد السيئ من المطلق في حرمان زوجته من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، كما أنه يجوز للزوجة أن ترفع دعوى قضائية ضد زوجها أمام القضاء، وتستعين بذلك إلى التقارير الطبية التي تثبت مرض زوجها المخوف عن طريق الأطباء الأخصائيين الذين كان يعالج عندهم.

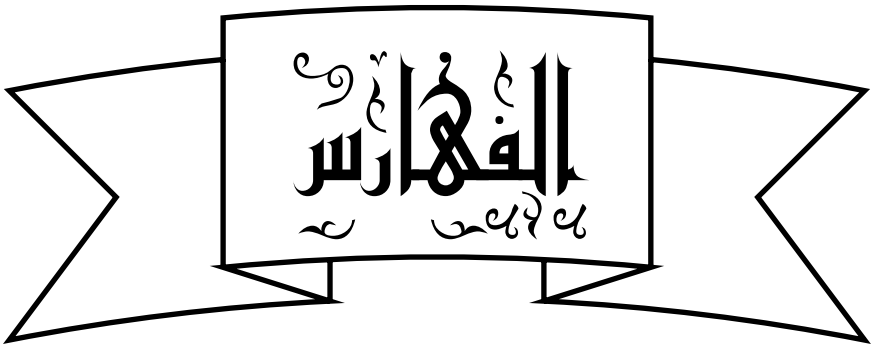
ثانيا: الاقتراحات

1- يستحسن على الحكومات أن تشجع البحث العلمي لا سيما دراسة المستجدات العلمية المتمثلة في إجراء تحاليل الدم، والبصمة الوراثية، والتشريح، وغيرها، وإعطاء الحكم الشرعي لها انطلاقا من التكييف الفقهي، ولا يتسنى هذا الأمر إلا بعقد ندوات ومؤتمرات في الجامعات وغيرها.

2- يستحسن على المشرع العربي الالتزام بوضع ضوابط دقيقة في مواد أو نصوص قانونية تحدد العمل بالمستجدات الطبية والبيولوجية في مجال إثبات النسب ونفيه.

3- يستحسن على القضاة بأن يستعينوا بالطبيب الشرعي في معرفة حقيقة الوقائع المتنازع فيها، كمعرفة هوية المفقودين في الحرب، أو الهدم، أو الغرق، ومعرفة أسبقية الوفاة من أجل حصر الإرث بين أقارب المتوفي، ومعرفة مدة الحمل، وغيرها.

هذه بعض النتائج والملاحظات التي أمكن الوصول إليها، بالرغم مما بذلته من جهد، وهذا بتوفيق من الله سبحانه، على أن هذا العمل يبقى محاولة جزئية ومصدا وافيا من التقصير والقصور، إلاّ أن الحق والحق يُقال أن البحث في هذا الموضوع الضخم والمترامي الأطراف يتطلب مزيدا من الجهود المتظافرة لكشف النقاب عن زوايا أخرى لم يتطرق إليها البحث في خضم الجديد من كشوف العلم المتلاحقة يوما بعد يوم. والله أعلم وأجل.



1- فهرس الآيات القرآنية
2- فهرس الأحاديث النبوية
3- فهرس الأعلام
4- فهرس القواعد الفقهية والأصولية
5- فهرس المصطلحات الفقهية
6- فهرس المصطلحات الطبية والبيولوجية
7- فهرس المصادر والمراجع
8- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ ﴾	35	52
﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُم مُّلَاقُوهُ ۗ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾	223	199،186
﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ ﴾	233	186
﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾	233	196
﴿ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ ﴾	282	31،29
﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾	282	39،31،29
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾	282	31

سورة آل عمران		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ ۖ قَالَ رَبِّ هَب لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ۖ إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴾	38	178

سورة النساء		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾	03	271
﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ءَابَآؤُكُمْ وَأَبْنَآؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾	11	67
﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾	12	272
﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ ﴾	34	50
﴿ وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُواْ بِهِۦ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ	83	88

عَلَيۡكُمۡ وَرَحۡمَتُهُۥ لَٱتَّبَعۡتُمُ ٱلشَّيۡطَٰنَ إِلَّا قَلِيلٗا ﴾		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ ﴾	135	29
﴿ يَسۡتَفۡتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِۚ إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٞ وَلَهُۥٓ أُخۡتٞ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهَا وَلَدٞۚ فَإِن كَانَتَا ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَۚ وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ أَن تَضِلُّواْۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ ﴾	176	68-67

سورة المائدة		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ أَوۡ كَفَّٰرَةٞ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمۡرِهِۦۗ عَفَا ٱللَّهُ عَمَّا سَلَفَۚ وَمَنۡ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنۡهُۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٞ ذُو ٱنتِقَامٖ ﴾	95	89

سورة يوسف		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٖ كَذِبٖۚ قَالَ بَلۡ سَوَّلَتۡ لَكُمۡ أَنفُسُكُمۡ أَمۡرٗاۖ فَصَبۡرٞ جَمِيلٞۖ وَٱللَّهُ ٱلۡمُسۡتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ ١٨ ﴾	18	34
﴿ قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ﴾	26-28	89

سورة النحل		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴾	43	88،87

سورة الكهف		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ وَٱلۡبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيۡرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابٗا وَخَيۡرٌ أَمَلٗا ﴾	46	178

سورة مريم		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيّٗا ﴾	64	271

سورة الانبياء		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴾	07	88 ،87
﴿ كَانَتَا رَتۡقٗا فَفَتَقۡنَٰهُمَاۖ ﴾	30	56

سورة المؤمنون		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ﴾	7-5	191

سورة النور		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩ ﴾	9-6	130،131، 208،210، 211،212

سورة الفرقان		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ لِّنُحۡيِۦَ بِهِۦ بَلۡدَةٗ مَّيۡتٗا ﴾	49	268
﴿ وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗاۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرٗا ﴾	54	63
﴿ ٱلَّذِي خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضَ وَمَا بَيۡنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٖ ثُمَّ ٱسۡتَوَىٰ عَلَى ٱلۡعَرۡشِۛ ٱلرَّحۡمَٰنُ فَسۡـَٔلۡ بِهِۦ خَبِيرٗا ﴾	59	88

سورة النمل		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ صُنۡعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ أَتۡقَنَ كُلَّ شَيۡءٍ ﴾	88	180

سورة لقمان		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ ﴾	14	90،144
﴿ وَوَصَّيۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيۡهِ حَمَلَتۡهُ أُمُّهُۥ وَهۡنًا عَلَىٰ وَهۡنٖ ﴾	14	191، 196

سورة الأحزاب		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ﴾	05	173،186، 214
﴿ وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَٱلۡمُهَٰجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفۡعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوۡلِيَآئِكُم مَّعۡرُوفٗاۚ كَانَ ذَٰلِكَ فِي ٱلۡكِتَٰبِ مَسۡطُورٗا ﴾	06	68
﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٖ وَلَا مُؤۡمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمۡرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلۡخِيَرَةُ مِنۡ أَمۡرِهِمۡۗ وَمَن يَعۡصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ ضَلَّ ضَلَٰلٗا مُّبِينٗا ٣٦ ﴾	36	213
﴿ وَمَا جَعَلَ أَزۡوَٰجَكُمُ ٱلَّٰٓـِٔي تُظَٰهِرُونَ مِنۡهُنَّ أُمَّهَٰتِكُمۡۚ وَمَا جَعَلَ أَدۡعِيَآءَكُمۡ أَبۡنَآءَكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ قَوۡلُكُم بِأَفۡوَٰهِكُمۡۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلۡحَقَّ وَهُوَ يَهۡدِي ٱلسَّبِيلَ ٤ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتۡ قُلُوبُكُمۡۚ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورٗا رَّحِيمٗا ﴾	54	64، 166

سورة الزمر		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ يَخۡلُقُكُمۡ فِي بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡ خَلۡقٗا مِّنۢ بَعۡدِ خَلۡقٖ فِي ظُلُمَٰتٖ ثَلَٰثٖۚ ذَٰلِكُمُ ٱللَّهُ رَبُّكُمۡ لَهُ ٱلۡمُلۡكُۖ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَۖ فَأَنَّىٰ تُصۡرَفُونَ ﴾	6	186

سورة الاحقاف		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾	15	90،144، 228
﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ﴾	15	191،196

سورة الحجرات		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا۟ أَن تُصِيبُوا۟ قَوْمًۢا بِجَهَٰلَةٍ فَتُصْبِحُوا۟ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ ﴾	06	33

سورة النجم		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَإِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِى بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ ﴾	32	191

سورة الحديد		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَٰبَ وَٱلْمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ ﴾	25	33،37

سورة المجادلة		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ إِنۡ أُمَّهَٰتُهُمۡ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدۡنَهُمۡۚ ﴾	02	173، 196

سورة الطلاق		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ ذَٰلِكُمۡ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤۡمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا ﴾	02	39

سورة البينة		
الآية	رقمها	الصفحة
﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعۡدِ مَا جَآءَتۡهُمُ ٱلۡبَيِّنَةُ ﴾	04	33

فهرس الأحاديث النبوية

حرف الألف	الصفحة
« الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ»	77
«أَبْصِرُوهَا، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ العَيْنَيْنِ، ... لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ»، فجاءت به كذلك، فقال النّبيّ -صلّى اللهُ عليه وسلّم-: «لَوْلاَ مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»	211
«إِذَا اسْتَهَلَّ الصَّبِيُّ صُلِّيَ عَلَيْهِ وَوَرِثَ»	224
«إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وُرِّثَ»	227،223
«أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»	68
«ألك بينة ؟ وفي رواية شاهداك أو يمينه»	39
إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ..	197،192
«أَنَّ أَخَوَيْنِ قُتِلَا بِصِفِّينَ – أَوْ رَجُلٌ وَابْنُهُ – فَوَرَّثَ أَحَدَهُمَا مِنَ الْآخَرِ»	257
«أَنَّ أَهْلَ الْحَرَّةَ وَأَصْحَابَ الْجَمَلِ لَمْ يَتَوَارَثُوا»	258
«أَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، أَعْقِلُ عَنْهُ وَأَرِثُهُ»	74
«إِنْ جَاءَتْ بِهِ أُصَيْهِبَ أُرَيْصِحَ أُثَيْبِجَ حَمْشَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِهِلَالٍ..... فَجَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ جَعْدًا جَمَالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَوْلَا الْأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»	214
«أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلَادَ الجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ ادَّعَاهُمْ فِي الإِسْلاَمِ، ..... فَلاَ أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ، قَالَ: فَكَبَّرَ القَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلاَمِ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ»	128-127، 171
«أنّ عمر، وعليّا قَضَيَا فِي الْقَوْمِ يَمُوتُونَ جَمِيعًا لَا يُدْرَى أَيُّهُمْ يَمُوتُ قَبْلُ: أَنَّ بَعْضَهُمْ يَرِثُ بَعْضًا»	257

«إِنَّ النَّبِيَّ صلّى الله عليه وسلم قَضَى أَنَّ كُلَّ مُسْتَلْحَقٍ اسْتُلْحِقَ بَعْدَ أَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ ادَّعَاهُ وَرَثَتُهُ، فَقَضَى أَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مِنْ أَمَةٍ ..... وَإِنْ كَانَ الَّذِي يُدْعَى لَهُ هُوَ ادَّعَاهُ فَهُوَ وَلَدُ زِنْيَةٍ مِنْ حُرَّةٍ، كَانَ أَوْ أَمَةٍ»	168
«أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لاَعَنَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ فَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا، فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَأَلْحَقَ الوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ»	131
«أَنَّ النِّكَاحَ فِي الجَاهِلِيَّةِ كَانَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْحَاءٍ: فَنِكَاحٌ مِنْهَا نِكَاحُ النَّاسِ..... فَلَمَّا بُعِثَ مُحَمَّدٌ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالحَقِّ، هَدَمَ نِكَاحَ الجَاهِلِيَّةِ كُلَّهُ إِلَّا نِكَاحَ النَّاسِ اليَوْمَ»	187
« إِنَّهُ لَمْ يَتَقَيَّأْ حَتَّى شَرِبَهَا، فَقَالَ: يَا عَلِيُّ، قُمْ فَاجْلِدْهُ »	91
«أَنَّهُ وَرَّثَ الْأَحْيَاءَ مِنَ الْأَمْوَاتِ وَلَمْ يُوَرِّثِ الْمَوْتَى بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ وَكَانَ ذَلِكَ يَوْمَ الْحَرَّةِ»	258
«أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ، وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الأَوَّلِينَ وَالآخِرِينَ»	63
«أَيُّمَا رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ قَعَدَتْ، فَلْتَجْلِسْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يَسْتَبِينَ حَمْلُهَا، فَإِنْ لَمْ يَسْتَبِنْ حَمْلُهَا فِي التِّسْعَةِ أَشْهُرٍ فَلْتَعْتَدَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بَعْدَ التِّسْعَةِ الَّتِي قَعَدَتْ مِنَ الْمَحِيضِ»	229

حرف الباء	الصفحة
«بِغَيْرِ بَيِّنَة وَلَا ثَبَتٍ»	23
« بَيْنَا أَنَا وَاقِفٌ فِي الصَّفِّ يَوْمَ بَدْرٍ فَنَظَرْتُ عَنْ يَمِينِي وَعَنْ شِمَالِي فَإِذَا أَنَا بِغُلَامَيْنِ مِنْ الْأَنْصَارِ ....فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ فَقَالَ كِلَاكُمَا قَتَلَهُ سَلَبُهُ لِمُعَاذِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الْجَمُوحِ وَكَانَا مُعَاذَ بْنَ عَفْرَاءَوَمُعَاذَ بْنَ عَمْرِو بْنِ الجَمُوحِ»	35

« **البَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ** »« **البَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ** »، فَقَالَ: يا رسول اللَّه، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا، ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل يقول: « **البَيِّنَةَ وَإِلَّا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ** » فَذَكَرَ حَدِيثَ اللِّعَانِ	30
« **البينة على المدعي** »	36

حرف التاء	الصفحة
« **تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ، إِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأَنْبِيَاءَ يَوْمَ القِيَامَةِ** »	178
«**تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهُ النَّاسَ فَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ وَهُوَ يُنْسَى وَهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يُنْتَزَعُ مِنْ أُمَّتِي**»	66

حرف الخاء	الصفحة
« **خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَ حُنَيْنٍ فَلَمَّا الْتَقَيْنَا كَانَتْ لِلْمُسْلِمِينَ جَوْلَةٌ فَرَأَيْتُ رَجُلًا مِنْ الْمُشْرِكِينَ .....فَيُعْطِيَكَ سَلَبَهُ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: صَدَقَ فَأَعْطِهِ فَأَعْطَانِيهِ فَابْتَعْتُ بِهِ مَخْرَفًا فِي بَنِي سَلِمَةَ فَإِنَّهُ لَأَوَّلُ مَالٍ تَأَثَّلْتُهُ فِي الْإِسْلَامِ** »	34

حرف الراء	الصفحة
« **رُفِعَ إِلَى عُمَرَ امْرَأَةٌ وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَسَأَلَ عَنْهَا أَصْحَابَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَقُولُ: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾، وَقَالَ: ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ ﴾، فَكَانَ الْحَمْلُ هَاهُنَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَتَرَكَهَا، ثُمَّ قَالَ: بَلَغَنَا أَنَّهَا وَلَدَتْ آخَرَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ**»	91-90

حرف الزاي	الصفحة
«**زَوِّجُونِي إِنِّي أَكْرَهُ أَنْ أَلْقَى اللَّهَ أَعْزَبَا**»	271

حرف الشين	الصفحة
«شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»	30

حرف العين	الصفحة
«العِلْمُ ثَلَاثَةٌ، فَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَهُوَ فَضْلٌ: آيَةٌ مُحْكَمَةٌ، أَوْ سُنَّةٌ قَائِمَةٌ، أَوْ فَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ»	66

حرف الفاء	الصفحة
«فَشَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ تَعْدِلُ شَهَادَةَ رَجُلٍ»	125

حرف الكاف	الصفحة
« كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْيَمَنِ، فَقَالَ: إِنَّ ثَلَاثَةَ نَفَرٍ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ أَتَوْا عَلِيًّا، ....أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَجَعَلَهُ لِمَنْ قَرَعَ، فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَدَتْ أَضْرَاسُهُ أَوْ نَوَاجِذُهُ»	129-128

حرف اللام	الصفحة
«لاَعَنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ مِنَ الأَنْصَارِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا»	132،131
«لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ، يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»	192
« لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ عَمْدًا وَلَا خَطَأً شَيْئًا »	76
«لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ المُسْلِمَ»	76
«لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ، أَوْ نَظَرْتَ» قَالَ: لاَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «أَنِكْتَهَا». لاَ يَكْنِي، قَالَ: فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ	30

« لَمْ يَتَكَلَّمْ فِي الْمَهْدِ إِلَّا ثَلَاثَةٌ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ، ... فَلَمَّا انْصَرَفَ أَتَى الصَّبِيَّ فَطَعَنَ فِي بَطْنِهِ، وَقَالَ: يَا غُلَامُ مَنْ أَبُوكَ؟ قَالَ: فُلَانٌ الرَّاعِي»	170
«لَوْلَا الْأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»	212
«لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْ أَجَلِي إِلَّا عَشَرَةُ أَيَّامٍ، وَأَعْلَمُ أَنِّي أَمُوتُ فِي آخِرِهَا يَوْمًا، لِي فِيهِنَّ طَوْلُ النِّكَاحِ، لَتَزَوَّجْتُ مَخَافَةَ الْفِتْنَةِ»	271
« لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »	60،30،27،25
«لَيْسَ لِقَاتِلٍ مِيرَاثٌ»	76

حرف الميم	الصفحة
« مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ »	50، 62، 166
«مَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوِ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ الْمُتَتَابِعَةُ، إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ»	63
«مَضَتِ السُّنَّةُ بِأَنْ يَرِثَ كُلُّ مَيِّتٍ وَارِثَهُ الْحَيَّ ، وَلَا يَرِثُ الْمَوْتَى بَعْضُهُمْ بَعْضًا»	258
«مَنْ تَطَبَّبَ، وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ طِبٌّ قَبْلَ ذَلِكَ، فَهُوَ ضَامِنٌ»	90

حرف الهاء	الصفحة
«هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ» قال: نعم، قال: «مَا أَلْوَانُهَا» قال: حُمْرٌ، قال: «هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ» قال: نعم، قال: «فَأَنَّى كَانَ ذَلِكَ» قال: أُرَاه عرق نزعه، قال: «فَلَعَلَّ ابْنَكَ هَذَا نَزَعَهُ عِرْقٌ»	157، 208
«هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتَ زَمْعَةَ»	158،156، 171

حرف الواو	الصفحة
« وَاسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدِّيلِ، ثُمَّ مِنْ بَنِي عَبْدِ بْنِ عَدِيٍّ هَادِيًا خِرِّيتًا – الخِرِّيتُ: المَاهِرُ بِالهِدَايَةِ – قَدْ غَمَسَ يَمِينَ حِلْفٍ فِي آلِ العَاصِ بْنِ وَائِلٍ، وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، فَأَمِنَاهُ فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلاَثِ لَيَالٍ، فَأَتَاهُمَا بِرَاحِلَتَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيَالٍ ثَلاَثٍ، فَارْتَحَلاَ وَانْطَلَقَ مَعَهُمَا عَامِرُ بْنُ فُهَيْرَةَ، وَالدَّلِيلُ الدِّيلِيُّ، فَأَخَذَ بِهِمْ أَسْفَلَ مَكَّةَ وَهُوَ طَرِيقُ السَّاحِلِ ».	32
«الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ»	73
«الْوَلَدُ لِصَاحِبِ الْفِرَاشِ»	119
«الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ»	132، 133، 167، 169، 185، 187، 189، 195، 198، 199، 208

حرف الياء	الصفحة
«**يَا رَسُولَ اللَّهِ غِبْتُ عَنْ أَوَّلِ قِتَالٍ قَاتَلْتَ المُشْرِكِينَ، لَئِنِ اللَّهُ أَشْهَدَنِي قِتَالَ المُشْرِكِينَ لَيَرَيَنَّ اللَّهُ مَا أَصْنَعُ**»، فلمّا كان يوم أحد، وانكشف المسلمون، قال أنس: «**فَوَجَدْنَا بِهِ بِضْعًا وَثَمَانِينَ ضَرْبَةً بِالسَّيْفِ أَوْ طَعْنَةً بِرُمْحٍ، أَوْ رَمْيَةً بِسَهْمٍ وَوَجَدْنَاهُ قَدْ قُتِلَ وَقَدْ مَثَّلَ بِهِ المُشْرِكُونَ، فَمَا عَرَفَهُ أَحَدٌ إِلَّا أُخْتُهُ بِبَنَانِهِ**»	254
« **يَا عَائِشَةُ أَلَمْ تَرَىْ أَنَّ مُجَزِّزًا الْمُدْلِجِيَّ دَخَلَ فَرَأَى أُسَامَةَ وَزَيْدًا وَعَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ، قَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا، فَقَالَ إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ** »	36،89-90، 127،156
«**يَقْضِي اللَّهُ فِي ذَلِكَ**»، قال: فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم إلى عمّهما، فقال: «**أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ، وَأُمَّهُمَا الثُّمُنَ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ**»	68

فهرس الأعلام

الأعلام	رقم الصفحة
ابن تيمية: هو تقي الدين أبو العباس ولد في ربيع الأول سنة 661هـ، توفي بقلعة دمشق في العشرين من ذي القعدة سنة 728هـ.	43،33،32،31، 170،169،155، 188،176،172، 214
ابن حَجَر العَسْقَلَاني: هو أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، ولد سنة 773هـ.	39
ابن رشد: هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، ولد سنة 520هـ، وتوفي سنة 595هـ.	228،144،131
ابن السِّكِّيت: هو أبو يوسف يعقوب بن إسحاق ابن السكيت، ولد سنة 186هـ.	58
ابن سيرين: هو أبو بكر محمد بن سيرين البصري، تابعي، وهو أحد الفقهاء من أهل البصرة، مات ابن سيرين لتسع مضين من شوّال، سنة عشر ومائة.	170
ابن عباس: هو أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ولد بمكة قبل الهجرة بثلاث سنين، توفي بها سنة 68هـ، روى 1660 حديثا.	87،76،68،30، 248،211،127
ابن فرحون: هو إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون برهان الدين اليعمري، ولد ونشأ ومات في المدينة وهو مغربي الأصل، مات بعلته سنة 799هـ.	44،43،34،33
ابن الفرس: هو ابن الفَرَس الْأَنْصَارِيّ، الفقيه المالكيّ، وكان مولده فِي سنة أربع وعشرين وخمس مائة تقريبًا، وتوفي سنة597 هـ.	89،34

ابن قَيِّم الجَوْزِيَّة: هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر، ولد سنة 691هـ في دمشق، توفي سنة 751هـ.	25،32،33،34، 36،38،40،43، 60،62،91،119، 128،158،170، 171،176،209
ابن قدامة: هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقيّ الحنبلي، ولد سنة 541هـ، وتوفي سنة 620هـ.	126،213،231، 244،245،272
ابن كثير: أبو الفداء، عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير ولد في قرية من أعمال بصرى الشام سنة 701 هـ، وتوفي بدمشق سنة 774 هـ.	209
ابن مسعود: هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، توفي سنة 32هـ.	72،192،271
ابن المنذر: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، وُلد في حدود موت أحمد بن حنبل، مات بمكة سنة تسع أو عشر وثلاثمائة.	120،123،126
إبراهيم النخعي: هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود، الفقيه، اليَمَانِيُّ، ثُمَّ الكُوْفِيُّ، النخعي، تابعي، مات سنة ستّ وتسعين للهجرة.	170
إسحاق بن راهوية: هو إسحاق بن إبراهيم المعروف بابن راهويه المروزي، أحد الأئمة، مات سنة ثمان وثلاثين ومائتين.	169،170
إياس بن معاوية: هو إياس بن معاوية بن قرة بن إياس بن هلال توفي سنة اثنتين وعشرين ومائة، وقال غيره: سنة إحدى وعشرين.	127
أبو بكر: هو عبد الله بن أبي قُحَافَة عثمان بن عامر ابن كعب التيمي القرشي، ولد سنة 51 ق هـ، وتوفي سنة 13هـ.	35، 72، 257

أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت، التيمي بالولاء، الكوفي، ولد سنة 80هـ، وتوفي سنة 150هـ.	70، 244
أبو داود: هو سليمان بن نجاح بن أبي القاسم الأموي بالولاء، ولد سنة 413هـ، وتوفي سنة 496هـ.	38
أَبُو قتادة الأَنْصَارِيّ: اختلف فِي اسمه، فقيل: الحارث بْن ربعي، وقيل: النعمان بْن ربعي، وقيل: النعمان بْن عُمَرَ بْن بلدمة، واختلف فِي وقت وفاته، فقيل: مات بالمدينة سنة أربع وخمسين.	38،35،34
أبو موسى الأشعري: هو أبو موسى عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار ابن حرب، ولد سنة 21 ق هـ، وتوفي سنة 44هـ.	127
أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، ولد بالكوفة سنة 113هـ، توفي سنة 182 هـ..	242،234،231
أحمد بن حنبل: هو أبو عبد الله أحمد محمد بن بن حنبل، ولد سنة 164هـ، وتوفي سنة 241هـ.	128
أسامة بن زيد: هو أسامة بن زيد بن حارثة توفي في خلافة معاوية سنة ثمان أو تسع وخمسين، وقيل: بل توفي سنة أربع وخمسين.	136،127،36، 157،156
أنس بن مالك: هو أنس بن مالك بن النضر الخزرجي الأنصاري، ولد بالمدينة 10 قبل الهجرة، توفي سنة 90، وقيل 91، وقيل 92، قيل 93هـ.	127
جابر بن عبد الله: هو جابر بن عبد الله توفي سنة أربع وسبعين. وقيل سنة ثمان وسبعين. وقيل سنة سبع وسبعين بالمدينة.	224،68

الحسن البصري: هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري؛ ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب –رضي الله عنه–بالبصرة مستهل رجب سنة عشر ومائة.	170
الحسن: هو أبو محمد الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي، ولد في المدينة المنورة، بايعه أهل العراق بالخلافة بعد مقتل أبيه سنة 40هـ.	77
خارجة بن زيد: هو أبو زيد بن ثابت الأنصاري، من بني النجار، أحد الفقهاء السبعة في المدينة، تابعيّ، أدرك زمان عثمان وتوفي بالمدينة.	258
الخطيب الشربيني: هو الخطيب شمس الدين الشربيني القاهري الشافعي، لم يؤرخ لوفاته.	206،197،59، 275
داود: هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني، الملقب بالظاهري، ولد بالكوفة سنة اثنتين ومائتين، وقيل سنة مائتين، وتوفي بها سنة سبعين ومائتين في ذي القعدة، وقيل في شهر رمضان.	228
الدسوقي:هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، وتوفي بالقاهرة سنة 1230هـ.	244
الدهلوي: هو أبو عبد العزيز أحمد بن عبد الرحيم الفاروقي الدهلوي الهندي، الملقب شاه وَلِيُّ الله، ولد في 4 شوال عام 1114، ومات سنة 1176 وقيل 1174هـ.	62
راغب الأصفهاني: هو أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل الأصفهاني، المعروف بالراغب، توفي سنة 502هـ.	58
الزهري: هو أحد الفقهاء والمحدثين، والأعلام التابعين بالمدينة، توفي ليلة الثلاثاء لسبع عشرة ليلة خلت من شهر رمضان سنة أربع وعشرين ومائة، وقيل ثلاث وعشرين....	258،128،127

زيد بن الأرقم: هو زيد بن أرقم الخزرجي الأنصاري، صحابي، توفي بالكوفة سنة ثمان وستين، روى حديثًا كثيرًا عن النَّبِيّ.	128
زيد بن ثابت: هو أبو خارجة بن الضحاك الأنصاري الخزرجي، صحابي، ولد في المدينة سنة 11 ق هـ، ونشأ بمكة، وتوفي سنة 45 هـ.	257
زيد بن حارثة: هو أبو أسامة زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي، قتل زيد بن حارثة بمؤتة من أرض الشام سنة ثمان من الهجرة.	36،63،89،127، 136،156
السرخسي: هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة، توفي سنة 483هـ.	87،223،253
سعد بن أبي وقاص: هو أبو إسحاق سعد بن أبي وقاص مالك بن أهيب أحد العشرة المبشرين بالجنة، ولد سنة 23 ق هـ، وتوفي سنة 55هـ.	156،158،171
سعد بن الربيع: هو سعد بن الربيع بن عمرو، من بني الحارث بن الخزرج، صحابي، استشهد يوم أحد.	68
سعيد بن المسيّب: هو أبو محمد بن حزن بن أبي وهب المخزومي، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطّاب، توفي بالمدينة سنة 94 هـ.	127
سعد بن معاذ: هو بن النعمان بن امرئ القيس، الأوسي الأنصاري، صحابي، توفي سنة 5هـ.	62
سليمان بن يسار: هو أبو أيوب، توفي سنة سبع ومائة، وقيل سنة مائة، وقيل سنة أربع وتسعين للهجرة.	170
الشَّوْكَاني: هو أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، ولد سنة 1173هـ، توفي سنة سنة1250 هـ.	33،90،148
شريك بن سَحْماء: هو ابن عبدة بن مغيث بن الجدّ بن العجلان البلويّ أخو البراء بن مالك لأمه، وهو الذي قذفه هلال بن أمية بامرأته.	30،211

الشافعي: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس ابن شافع الهاشمي القرشي، ولد سنة 150هـ، وتوفي سنة 204 هـ.	127،128،133، 228،244،249، 274
صالح: هو بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث بن زُهرة، وأمّه أمّ كلثوم بنت سعد بن أبي وقّاص بن أُهَيْب بن عبد مناف.	
الصنعاني: هو أبو إبراهيم أحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، ولد سنة 1099هـ، وتوفي سنة 1182هـ.	119،197،206
الطبري: هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري، ولد في آمل طبرستان سنة 224هـ، واستوطن بغداد وتوفي بها سنة 310 هـ.	87
عائشة: هي بنت أبي بكر الصديق، زوج النّبيّ -صلّى اللّه عليه وسلّم-، توفيت سنة سبع وخمسين، وقيل: إنها توفيت سنة ثمان وخمسين ليلة الثلاثاء لسبع عشرة ليلة خلت من رمضان، وصلى عليها أَبُو هريرة.	36،89،127، 132،136،156، 157،167،171، 187،195،208
عبد الرحمن بن عوف: يكنى أبا محمد، ولد بعد الفيل بعشر سنين، توفي سنة إحدى وثلاثين. وقيل سنة اثنتين وثلاثين، ودفن بالبقيع.	35
عثمان: هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية، ولد سنة 47 ق هـ، وتوفي سنة 35هـ.	72
عروة بن الزبير: هو أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد قيل كانت ولادته سنة اثنتين وعشرين، وقيل ست وعشرين للهجرة، وتوفي سنة ثلاث وتسعين، وقيل أربع وتسعين.	170،187

عطاء بن أبي رباح: هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم –، ولد في آخر خلافة عثمان بن عفان، مات على الأصح في رمضان سنة أربع عشرة ومائة وقيل سنة خمس عشرة بمكة.	127
علي: هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي، ولد سنة 23 ق هـ، وتوفي سنة 40 هـ.	90،91،72، 228،128،127، 257،243
عمر: هو أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ولد سنة 40 ق هـ، وتوفي سنة 23هـ.	90،72،34، 131،128،127، 171،156،132، 257،229،172،
عمرو بن شعيب: هو أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي، توفي سنة 118هـ.	90،168،169
القُرْطُبي: هو أبو عبد الله،محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فَرْح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، توفي فيه شوال سنة 671 هـ.	224،37
قتادة بن نعمان: هو أبو عمر، وقيل أبو عبد الله عقبي، توفي سنة ثلاث وعشرين، وقيل سنة أربع وعشرين وهو ابن خمس وستين سنة.	90،23
القرافي:هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء توفي –رحمه الله– بدير الطين في جمادى الآخرة عام أربعمائة وثمانين وستمائة ودفن بالقرافة.	243،38
مُجَزِّزاً المُدْلِجِيَّ: هو ابن الأعور بن جعدة بن معاذ بن مدلج الكناني، وذكر أنه يكنى بمجزز، لأنه كان إذا أسر أسيرا جزّ ناصيته وأطلقه.	156،36
مالك: هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، وتوفي سنة 179هـ	228،171،127، 274،244

ماعز بن مالك: هو ماعز بن مالك بن الأسلمي، اعترف على نفسه بالزنا تائبا منيبا، وكَانَ محصنا فرجم.	30
محمّد بن عبد الحكم: هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، ولد سنة 182هـ، توفي سنة 268 هـ بمصر.	231،228
محمد بن الحنفية: هو أبو القاسم محمد بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي، المعروف بابن الحنفية، ولد سنة 21 هـ، توفي سنة 81 هـ.	77
محمد بن راشد المكحولي هو أبو عبد الله محمد بن راشد المكحولي الخزاعي الدمشقي	169
مسروق: هو أبو عائشة مسروق بن الأجدع ابن مالك بن أمية بن عبد الله الهمدانى الكوفى التابعى المخضرم، توفي سنة 63 هـ.	77
معاذ بن جبل: هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي توفي سنة تسع عشرة للهجرة.	271،77
معاذ بن عفراء: هو معاذ بن الحارث بن رفاعة بن سواد، توفي بعد مقتل عُثْمَان أيام حرب علي ومعاوية.	35
معاذ بن عمرو بن الجموح: هو معاذ بن عمرو بن الجموح بن زيد، عاش إلى خلافة عثمان.	35
معاوية بن أبي سفيان: هو معاوية بن أبي سفيان صخر ابن حرب بن أمية الأموي، ولد سنة 20 ق هـ، توفي في النصف من رجب سنة ستين بدمشق.	77
هلال بن أمية: هو هلال بن أمية بن عامر بن قيس، وهو الّذي قذف امرأته بشريك ابن السحماء.	214
وليد بن عقبة بن أبي معيط: هو أبو وهب الأموي القرشي، من فتيان قريش وشعرائهم وأجوادهم، أسلم يوم فتح مكة، مات سنة 61 هـ بالرقة.	91،37

فهرس القواعد الفقهية والأصولية

القواعد الفقهية والأصولية	الصفحة
الأصل في الأبضاع التحريم	194
الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم	137
إذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة	194
إذا دار الشيء بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب	169
درأ المفاسد أولى من جلب المصالح	193
دفع أعلى المفسدتين بتحمل أدناهما، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما	173
الضرر يزال	251
العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب	87
العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني	50
الغرم بالغنم	173

فهرس المصطلحات الفقهية

المصطلحات الفقهية	الصفحة
الأَعْجَل	35
الاستلحاق	122
البِرْسام	269
الخبرة	86
ذات الجنب	269
الركن	269
السبب	72
السلب	34
السِّلّ	269
الشبهة	32
الشرط	69
الشهادة بالتسامع	126
الشهادة بالسماع	126
الشهادة بالشهرة العامة	126
طرق الإثبات	18
الفالج	269
القائف	36
قرائن قضائية	138
القرعة	128
قطيفة	36
قمط	38

القولَنْج	269
القيافة	126
القيام المتدارك	269
اللَطَخ	32
اللَّوْثُ	32
المانع	75
المصلحة المرسلة	137
النكاح	61
النكول	38

فهرسة المصطلحات الطبية والبيولوجية

العربية	الفرنسية	الإنجليزية	الصفحة
الأعضاء التناسلية	Organes génitaux	Genital organs	246
البصمة الوراثية	Empreinte génétiques	Dna fingerprinting	106
التحليل الجيني	Analyse génétique	Genetic analysis	106
التشريح	Anatomie	Anatomy	110
التصوير الشعاعي	Radiographie	Radiography	223
التقرير الطبي	Rapport médical	Medical report	94
التلقيح الاصطناعي	Insémination artificielle	Artificial insemination	180
التلقيح الاصطناعي الداخلي	Insémination artificielle interne	Internal artificial insemination	182
التلقيح الاصطناعي خارجي	Insémination artificielle externe	External artificial insemination	183
حالات (ترنر)	Syndrome de Turner	Turner syndrome	241
حالات (كلينفلتر)	Syndrome de Klinefelter	Klinefelter syndrome	241
الخنثى	Hermaphrodite	Hermaphrodite	235
الخنثى حقيقية	Hermaphrodisme vrai	True hermphroditism	239
الخنثى كاذبة	Pseudo-hermaphrodisme	Pseudo-hermphroditism	239

190	Surrogate mother	Mère porteuse	الرحم المستعار (الضئر)
245	Chromosomes	Chromosomes	الصبغيات (كروموسومات)
102	Platelets	Plaquette sanguines	الصفيحات دموية
222	Ultrasonic echography	Echographie ultrasonique	الصورة الصوتية
82	Forensic medicine	Médecine légale	الطب الشرعي
245	Gonad	Gonade	الغدة التناسلية
232	Amniocentesis	Amniocenteses	الفحص السائل الأمينوسي
98	Medical diagnosis	Diagnostic médical	الفحص الطبي
103	Blood types	Groupes sanguins	الفصائل الدم
102	Leukocytes	Leucocytes	الكريات الدم البيضاء
102	Erythrocyte	Erythrocyte	الكريات الدم الحمراء
102	Plasma	Plasma	المصورة
233	Ultrasound	Ultrasons	الموجات الفوق صوتية

فهرسة المصادر والمراجع

* **المصادر والمراجع العربية:** اعتمدت في فهرست المصادر والمراجع الترتيب الهجائي.

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: كتب التفاسير وعلوم القرآن

1- ابن كثير؛ أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2: 1999م.

2- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير من كلام العلي القدير، وبهامشه نهر الخير على أيسر التفاسير، دار الإمام مالك- الجزائر، ط1: 2012م.

3- أبو زهرة؛ محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة، زهرة التفاسير، دار الفكر العربي- بيروت، (د.ت.ط).

4- البغوي؛ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، تفسير البغوي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي –بيروت، ط1: 1420هـ، 394/1.

5- الجصاص؛ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1994م.

6- الشنقيطي محمد الأمين، أضواء البيان في لإيضاح القرآن بالقرآن، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد- مكة المكرمة، ط3: 1433هـ.

7- الشوكاني؛ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، تحقيق: د/ عبد الرحمن عيرة، وضع فهارسه وشارك في تخريج أحاديثه: لجنة التحقيق والبحث العلمي بدار الوفاء، دار الوفاء- المنصورة، دار ابن حزم- بيروت، ط3: 2005م.

8- الطبري؛ أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 2000م.

9- القرطبي؛ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، اعتنى به: الشيخ هشام سمير البخاري، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط1: 2002م.

10- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، دار الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط:1990م.

11- المراغي؛ أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر، ط1: 1946م.

ثالثا: كتب الأحاديث والشروح

12- ابن أبي شيبة؛ أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، ط1: 1409هـ.

13- ابن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2: 1993م.

14- ابن حجر؛ أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة- بيروت، (د.ت.ط).

15- ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه، محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة – بيروت، (د.ط)، ط: 1379هـ.

16- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي، (د.ت.ط).

17- أبو السعادات؛ مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط – التتمة تحقيق بشير عيون، مكتبة الحلواني – مطبعة الملاح – مكتبة دار البيان، ط1: 1972م

18- أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني، مستخرج أبي عوانة، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، دار المعرفة – بيروت، ط1: 1998م.

19- أبو يعلى أحمد بن علي بن المثُنى بن يحي بن عيسى بن هلال التميمي الموصلي، مسند أبي يعلى، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث – دمشق، ط1: 1984م.

20- أحمد أبو عبد الله بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 2001م.

21- الألباني؛ أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم الأشقودري الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت، ط2: 1985م.

22- الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1: 1995م.

23- الألباني صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي- بيروت، (د.ت.ط).

24- الألباني، ضعيف أبي داود – الأم، مؤسسة غراس للنشر و التوزيع– الكويت، ط1: 1423هـ.

25- البخاري؛ أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وسننه وأيامه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، المطبعة السلفية ومكتبتها- القاهرة، ط1: 1400هـ.

26- البيهقي؛ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية-بيروت، ط3: 2003م.

27- الترمذي؛ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، تعليق: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع- الرياض، ط1، (د.ت).

28- الحاكم، المستدرك على الصحيحين، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، ط1: 1997م.

29- الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع-المملكة العربية السعودية، ط1: 2000م.

30- الزيلعي؛ أبو محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، قدم للكتاب: محمد يوسف البَنُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت / دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة، ط1: 1997م.

31- الشافعي، مسند الإمام الشافعي، رتبه: سنجر بن عبد الله الجاولي أبو سعيد علم الدين (المتوفى: 745هـ)، حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: ماهر ياسين فحل، شركة غراس للنشر والتوزيع- الكويت، ط1: 2004م.

32- الشوكاني؛ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: محمد بن الجميل، دار المستقبل، دار الإمام مالك- الجزائر، ط1: 2005م.

33- الطحاوي، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي، عالم الكتب، ط1: 1994م.

34- الطيالسي أبو داود سليمان بن داود بن الجارود البصرى، مسند أبي داود الطيالسي، تحقيق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر – مصر، ط1: 1999م.

35- عبد الرزاق؛ أبو بكر بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي- الهند يطلب من: المكتب الإسلامي- بيروت، ط2: 1403هـ.

36- عياض؛ أبو الفضل بن موسى اليحصبي السبتي، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث، (د.ت.ط).

37- مسلم؛ أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم،تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، (د.ت.ط).

38- الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي- القاهرة، (د.ط)، ط: 1994م.

رابعا: كتب اللغة والمعاجم

39- ابن فارس؛ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر- بيروت، ط: 1979م.

40- ابن قتيبة؛ أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، غريب الحديث، تحقيق: عبد الله الجبوري، مطبعة العاني – بغداد، ط1: 1397هـ.

41- ابن منظور؛ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ، لسان العرب، دار صادر- بيروت، ط1: 2000م.

42- إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د.ت.ط).

43- أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1: 2008م.

44- الأصفهانى؛ الحسين بن محمد أبو القاسم المعروف بالراغب الأصفهانى، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية – دمشق بيروت، ط1: 1412هـ،

45- الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1983م.

46- الجوهري؛ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت، ط4: 1987م.

47- الرازي؛ أبو عبد الله زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ترتيب وتحقيق: محمود خاطر وحمرة فتح الله، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 2001.

48- الرصاع؛ أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع التونسي المالكي، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1: 1993م.

49- الزَّبيدي؛ أبو الفيض محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (د.ت.ط).

50- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر- بيروت، ط2: 1988م.
51- عياض؛ أبو الفضل بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث، (د.ت.ط).
52- الفيروزآبادى، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، ط8: 2005م.
53- الفيومي؛ أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، المصباح المنير، تحقيق: يحي مراد، مؤسسة المختار- القاهرة، ط1: 2008.
54- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت، ط2: 1988م.
55- المناوي؛ محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان، دار الفكر- بيروت، ط1: 1990م، 696/1.
56- النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ضبط وتعليق وشرح: خالد عبد الرحمان العك، دار النفائس- بيروت، ط2: 2010م.

خامسا: كتب الأصول والقواعد الفقهية

57- ابن نجيم؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1999م.
58- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر- بيروت، (د.ت.ط).
59- الإسنوي؛ عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 1400هـ.
60- الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي- بيروت، (د.ت.ط).

61- الجويني البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1997م.

62- الجيزاني؛ محمَّد بن حسَيْن بن حَسن، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، ط5: 1427هـ.

63- حافظ ثناء الله الزاهدي، تلخيص الأصول، مركز المخطوطات والثراث والوثائق –الكويت، ط1: 1994م.

64- الرازي؛ أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3: 1997م.

65- الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر- بيروت، ط1: 2006م.

66- الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1: 1994م.

67- السبكي؛ تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية –بيروت، ط: 1995م.

68- السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1991م.

69- السيوطي؛ عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1990م.

70- الشاطبي؛ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1: 1997م.

71- الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2: 2003 م.

72- الطوفي شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت،ط1: 1987م.

73- عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1: 2003م.

74- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة- شباب الأزهر، دار القلم، ط8، (د.ت.ط).

75- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ط:1991م.

76- علاء الدين البخاري عبد العزيز بن أحمد بن محمد الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، (د.ت.ط).

77- الغزالي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1993م.

78- القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1: 1973م.

79- القرافي؛ شهاب الدين أحمد أبو العباس بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تحقيق: محمد عبد الرحمان، المكتبة الأزهرية للتراث- القاهرة، ط: 2005م.

80- المرداوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد - السعودية / الرياض، ط1: 2000م.

81 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر- بيروت، ط: 1968م.

82- النملة؛ عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مُهذَّب في علم أصول الفقه المقارن (تحريرٌ لمسائله ودراستها دراسة نظريّة تطبيقية)، مكتبة الرشد- الرياض، ط1: 1999م.

سادسا: كتب الفقه

أ- المذهب الحنفي:

83- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت، ط2: 1992م.

84- ابن نجيم؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، ط2: (د.ت).

85- الدهلوي، حجة الله البالغة، تحقيق: السيد سابق، دار الكتب الحديثة، (د.ت.ط).

86- الزيلعي؛ عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، ومعه الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق القاهرة، ط1: 1313هـ.

87- السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة- بيروت، (د.ط)، ط: 1372 هـ.

88- الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر- بيروت، (د.ت.ط).

89- الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق وتعليق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية- بيروت، (د.ت.ط).

90- الغيتابي؛ محمود أبو محمد بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1: 2000م.

91- الكاساني؛ أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2: 1986م.

92- المرغيناني؛ أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي- بيروت، (د.ت.ط).

93- المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، تحقيق: محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم - الدار الشامية - سوريا / دمشق - لبنان / بيروت، ط2: 1994م.

94- الموصلي؛ أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي – القاهرة، ط: 1937م.

ب- المذهب المالكي:

95- ابن جزي؛ أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار الفكر- بيروت، ط: 2009م.

96- ابن رشد؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح: خالد العطار، دار الفكر –بيروت، ط: 2001م، 379/2.

97- ابن عبد البر؛ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الاستذكار، تحقيق: حسان بن عبد المنان، ومحمود أحمد القيسية، مؤسسة النداء- أبو ظبي الإمارات العربية المتحدة، ط4: 2003م.

98- ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل- بيروت، ط1: 1992م.

99- ابن فرحون؛ إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون برهان الدين اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، خرج أحاديثه وعلّق عليه: جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1: 1995م.

100- الحطاب؛ أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر- بيروت، ط3: 1992م

101- الشنقيطي؛ المختار، مواهب الجليل من أدلة خليل، عنى بمراجعته : عبد الله إبراهيم الأنصاري، دار الكتب العلمية –بيروت، ط: 2005م.

102- صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة، ط2: 1947م.

103- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د.ت.ط)، 344/2.

104- عليش؛ محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر- بيروت، ط:1989م، (د.ط).

105- القرافي؛ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1: 1994م.

106- القرافي، الفروق وبحاشيته إدرار الشروق على أنوار الفروق للإمام ابن الشّاط، تحقيق: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2: 2011م.

107- القاضي عبد الوهاب؛ أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقة المالكي، تحقيق: بوخبزة، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 2004م.
108- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1994م.
109- محمد جمعة عبد الله، الكوكب الدرية في الفقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، ط: 2005م.

ت- المذهب الشافعي:

110- الباجوري، حاشية الباجوري على شرح الشنشوري على متن الرحبية، المكتب الإسلامي- بيروت، (د.ت.ط).
111- البقري، حاشية البقري على شرح الرحبية، دار القلم- دمشق، ط3: 1986م.
112- الجويني؛ أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهارسه: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط1: 2007م.
113- السنيكي؛ أبو يحي زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري زين الدين السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، (د.ت.ط).
114- السنيكي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، (د.ت.ط).
115- الشربيني؛ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1994م.
116- الشيرازي؛ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، (د.ت.ط).
117- الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1999م.
118- مصطفى الخِنْ، مصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى-، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- دمشق، ط4: 1992م.

119- النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت، ط3: 1991م.
120- الهيتمي؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ط: 1983م، (د.ط).

ث- المذهب الحنبلي:

121- ابن تيمية؛ أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1987م.
122- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق:عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ط: 1995م.
123- ابن قدامة؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، ط: 1968م، (د.ط).
124- ابن قيم؛ شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1: 1991م.
125- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في خير هدي العباد، تحقيق: محمد سيف، محمد فاروق، دار ابن الهيثم- القاهرة، ط1: 2005م.
126- ابن قيم؛ شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، إشراف: بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد، ط1: 1432هـ.
127- ابن مفلح؛ أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1: 1997م.
128- أبو البركات؛ مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف- الرياض، ط2: 1984م.
129- البهوتي؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية- بيروت.

130- عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشّيباني نيل المآرب بشرح دليل الطّالب، تحقيق: الدكتور محمد سُليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح- الكويت، ط1: 1983م.

131- الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل تحقيق: عبد اللطيف هميم – ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1: 2004م.

ج- المذهب الظاهري:

132- ابن حزم؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر – بيروت، (د.ت.ط).

ح- فقه عام:

133- ابن المنذر؛ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط1: 2004 م.

134- الزّحيليّ،، الفقه الإسلاميّ وأدلّته، دار الفكر – بيروت، ط4، (د.ت).

135- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية–الكويت، ط2: 1983.

سابعا: كتب القانون:

136- بشير البيلاني، قوانين الأحوال الشخصية في لبنان، دار العلم للملايين- بيروت، ط5: 1998م.

137- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ط6: 2010م.

138- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ط4: 2010م.

139- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، ط: 1997م.

140- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ط4: 1985م.

141- السنهوري؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات- آثار الالتزام)، (د.ت.ط).

142- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، (د.ت.ط).

143- الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1: 2001م.

144- فريد فتيان، قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار واسط- لندن، ط2: 1986م.

145- محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط: 2003م.

146- محمد حسن قاسم، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد، ط4: 1986م.

147- محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق- القاهرة، ط1: 2002م.

148- مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية- طبقا لقانون الإجرائية المدنية والإدارية وأحدث تعديلات القانون المدني، دار الهدى- عين ميلة الجزائر، ط: 2009م.

149- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى – عين مليلة- الجزائر، (د.ت.ط).

150- نشأت أحمد، رسالة الإثبات،(د.ط)، ط: 2008م.

151- نعمان محمد جمعة، المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب- القاهرة، (د.ط)، ط: 1977م.

ثامنا: الرسائل العلمية

أ- رسائل الدكتوراه

152- حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، إشراف: د/ فيصل ذكي عبد الواحد، ود/ محمد علي محجوب، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق، قسم القانون المدني- جامعة عين شمس بالقاهرة، 2006م.

153- ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، إشراف: أ/د الرشيد بن شويخ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، نوقشت سنة: 2011م.

154- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي والقانون رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، إشراف: أ.د/ تشوار جيلاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، نوقشت: 19-12-2012م.

155- السيد عطية السيد أبو حمزة، أحكام المتبنى واللقيط، رسالة دكتوراه مقدمة بقسم الفقه المقارن، إشراف: د/ محمود عبد الله العكازي، ود/ عبد الرزاق حسن فرج، كلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر، سنة: 1999م.

156- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصول، إشرف: د/ عبد الكريم حامدي، جامعة الحاج لخضر-باتنة كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، السنة الجامعية: 2008-2009م.

ب- رسائل الماجستير

157- بلبشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، إشراف: بلنوار مليكة، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية- جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013م.

158- بوصبع فؤاد، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، تحت اشراف: أد / بوعبد الله احمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة منتوري- قسنطينة، السنة الجامعية: 2011-2012م.

159- رقية أسعد صالح عرار، أحكام التصرف بالجثة في الفقه الإسلامي، قدمت قدّمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، إشراف: د/ جمال حشاش، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين- نوقشت بتايخ: 2010/09/22م.

160- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: العقود ومسؤولية، إشراف: محمد سعيد جعفور، كلية الحقوق والعلوم التجارية- جامعة امحمد بوقرة- بومرداس.

161- عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة- وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، تحت إشراف سماحة الدكتور: مازن إسماعيل هنية، قدمت خطة هذه الرسالة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي- الجامعة الإسلامية بغزة، 2008م.

162- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، تحت إشراف: د/ نصيرة دهينة، كلية العلوم الإسلامية قسم: الشريعة- جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2005-2006.

163- فواز القايدي، قول أهل الخبرة في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، إشراف د/ أحمد بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى- مكة المكرمة، 1418-1419هـ.

تاسعا: المجلات والدوريات

164- إبراهيم أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون والذي عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ: 5-7 مايو 2002م، العدد: 02.

165-بدر المتولي عبد الباسط، آراء في التلقيح الاصطناعي، بحث منشور في سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي بالكويت، إشراف: د/ عبد الله العوضي.

166- بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب بحث محكم، العدد: 37 محرم 1429هـ.

167- عبد الرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، العدد: 23، رجب 1425هـ.

168- فواز صالح، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب دراسة قانونية مقارنة، ينظر: مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن مجلس النشر العلمي- جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد: التاسع عشر- ربيع الثاني 1424هـ، يونيو 2003م.

169- فوزي فيض الله، التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، رجب 1406هـ، العدد: 259.

170- مازن إسماعيل هنية، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية)، غزة – فلسطين، المجلد الثالث عشر- العدد الأول: يناير 2005م.

171- مجلس المجمع الفقهي في دورته السابعة في الفترة من 11-16 من ربيع الآخر 1404هـ، العدد: 02.

172- مجلس المجمع الفقهي في دورته الثامنة في الفترة من 28 من ربيع الآخر 1405هـ إلى 7 من جمادى الأولى 1405هـ.

173- المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 24-28 صفر 1408هـ، والموافق لـ 17-21 أكتوبر 1998م.

174- المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة،: 21-26 شوال 1422هـ، الموافق لـ 5-10 يناير 2002م.

175 - المجلة القضائية لسنة 1989م، العدد: 03.

176 - المجلة القضائية لسنة 1989م، العدد: 04.

177- المجلة القضائية لسنة 1999م، العدد: 01.

178- المجلة القضائية لسنة 1999م، العدد: 02.

179- المجلة القضائية لسنة 2002م، العدد: 01.

180- المجلة القضائية لسنة 2002م، العدد: خاص.
181- المجلة القضائية لسنة 2004م، العدد: 01.
182- المجلة القضائية لسنة 2006م، العدد: 01.
183- محمد علي البار، أبحاث في العدوى والطب الوقائي، إصدار المجلس الأعلى العالمي للمساجد، هيئة الإعجاز العلمي للقرآن والسنة، من أبحاث المؤتمر العالمي للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، إسلام آباد، 1408هـ 1987م.
184- محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، بحث مقدم ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
185- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون مجلة علمية محكمة تُعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، العدد: 18، ذو القعدة 1423هـ، يناير 2003م، تصدر عن مجلس النشر العلمي –جامعة الإمارات العربية المتحدة.
186- هشام الخطيب، أهمية التبرع بالدم، مجلة الوعي الإسلامي، سنة 1420هـ، العدد: 229.

عاشرا: الكتب المتخصصة

187- أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية مع اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون، المكتبة الأزهرية للتراث، ط4: 2003م.
188- أحمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ط1: 2009م.
189- الأشقر محمد سليمان، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 2001م.
190- الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس- الأردن، ط3: 2010م.
191- أمين منتصر، العلم بما في الأرحام القرآن الكريم يحسم الجدل نهائيا، دار الفكر العربي- القاهرة، ط1: 2005م

192- أيمن محمد عمر العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، دار ابن حزم –بيروت، ط2: 2010م.

193- إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي- الرياض، ط1: 1429هـ.

194- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى عين مليلة- الجزائر، ط:2010م.

195- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس- بيروت، ط1: 2010م.

196- بكر أبو زيد بن عبد الله، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 2009م.

197- البهي أحمد، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، المطبعة العربية- مصر، ط1: 1965.

198- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ط1: 2001م.

199- الجابري أحمد عمرو، الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، دار الفرقان، ط1: 1994م.

200- الجندي؛ إبراهيم صادق، تطبيقات البصمة الوراثية في التحقيق والطب الشرعي، ط1: 2002م.

201- خالد عبد العظيم أبو غابة، حجية الشهادة والقرائن بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية –دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية- مصر، ط1: 2008م.

202- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية- دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس- بيروت، ط1: 2006م.

203- الرفاعي عبد الرحمان أحمد، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1: 2013م.

204- الرملاوي محمد سعيد محمد، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، ط: 2013م.

205- زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى عين ميلة- الجزائر، ط: 2010م.

206- الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان- بيروت، ط1: 1982م.

207- زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم-دمشق، ط1: 1993م.

208- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، تقديم: عبد العزيز الخياط، دار البيارق- بيروت، ط1: 1996م.

209- السبيل عمر بن محمد، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع- الرياض، ط1: 2002م.

210- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي <أطفال الأنابيب>، كنوز اشبيليا- الرياض، ط1: 2009م.

211- سعد الدين هلالي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية- دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت- الكويت، ط1: 2001م.

212- سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات – دراسة فقهية قانونية مقارنة –، دار النفائس –بيروت، ط1: 2012م.

213- سفيان بن عمر بورقعة، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته(دراسة فقهية تحليلية)، دار كنوز إشبيليا- الرياض، ط1: 2008م.

214- الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة- جدة، ط2: 1994م.

215- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، طبعة دار النهضة العربية- الإسكندرية، ط1: 2001م.

216- شوقي عبده الساهي، الفكر السامي والقضايا الطبية المعاصرة، مكتبة النهضة المصرية، ط1: 1990م.

217- طارق صالح يوسف عزام، أثر الطب الشرعي في إثبات الحقوق والجرائم، دار النفائس- بيروت، ط1: 2009م.

218- عارف علي عارف، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس- بيروت، ط1: 2001م.

219- عبد الحليم محمد منصور علي، تأجير الأرحام في ضوء قواعد الحلال والحرام- دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب والوثائق القومية، ط1: 2012م.

220- عبد الله بن زيد آل محمود، التزوج بالكتابيات وعموم ضرره على البنين والبنات والحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الصناعي المكتب الإسلامي- بيروت، ط3: 1407هـ.

221- علي محمد المحمدي، أحكام النسب في الشريعة الإسلامية، دار قطري بن الفجاءة-قطر، ط1: 1994م.

222- فرج محمد محمد سالم، وسائل الإخصاب الطبي المساعد وضوابطه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية، ط1: 2012م.

223- فؤاد عبد المنعم، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، المكتبة المصرية، (د.ت.ط).

224- القرداغي علي محي الدين، علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة، مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ط2: 2006م.

225- المستشار/ محمد عابدين: الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية (دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، بدون تاريخ).

226- منير رياض حنا، الأدلة المادية في الإثبات من واقع الخبرة الفنية للطب الشرعي، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ط1: 2014م.

227- نصر الدين مبروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة الإسلامي الأعلى- الجزائر، سنة 1999م.

الحادي عشر: الكتب العامة

228- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح- الكويت، ط3: 1985م.

229- أسعد زروق، موسوعة علم النفس، المؤسسة العربية للدراسات والنشر- بيروت، ط2، (د.ت.ط).

130- إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الفرضي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض، (د.ت.ط).

231- إسماعيل لطفي فطاني، اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكحات والمعاملات، تقديم: عبد الله بن عبد الله الزايد، دار السلام- مصر، ط2: 1998م.

232- الجليدي سعيد محمد، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية، (د.ت.ط).

233- رمضان علي السيد الشرنباصي، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية الزواج- الفرقة بين الزوجين- حقوق الأولاد التلفيق الفقهي في قوانين الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية، ط:2009-2010م.

234- ستيفن أ، وموسكوف ومارك ج، وسميكن، نظم المعلومات المحاسبية لاتخاذ القرارات مفاهيم وتطبيقات، ترجمة ومراجعة: كمال الدين سعيد وأحمد حامد حجاج، دار المريخ- السعودية، ط: 1989م.

235-سلمان زيدان، نظم إدارة المعلومات واتخاذ القرارات (الآيات القرآنية والأنظمة الحياتية)، دار وائل للنشر والتوزيع- عمان، ط1: 2005م.

236- سليمان عبد الواحد يوسف، قراءات في علم النفس الشخصية: الشخصية سوءاها وانحرافها، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع، ط1: 2011م.

237- الشرنباصي، أحكام الميراث بين الشريعة والقانون، الناشر: منشأ المعارف- الإسكندرية، ط:2002م.

238- الصابوني عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام مع بيان موجز لمشروع قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة وهبة- القاهرة، ط9: 1983م.

239- طه طارق، مقدمة في نظم المعلومات الإدارية الحاسبات الآلية، منشأ المعارف للنشر والتوزيع- الإسكندرية، ط3: 2000م.
240- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 1993م.
241- علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي- بيروت، ط1: 1981م.
242- الغزي؛ محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط4: 1416هـ- 1996م.
243- الغنام، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية (من أول باب الخلع إلى نهاية كتاب الإقرار)، كنوز إشبيليا- الرياض، ط1: 2009م.
244- الفوزان، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط3: 1408هـ.
245- القرضاوي، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة المسلمة، دار الضياء للنشر والتوزيع، ط1: 1988م.
246- كنعان أحمد، الموسوعة الفقهية الطبية، تقديم: محمد هيثم الخياط، دار النفائس- بيروت، ط3: 2010م.
247- كيلاني محمود، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، ط4: 2010م.
248- محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام- مصر، ط1: 2006م.
249- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية-بيروت، ط4: 1983م.
250- محمود إسماعيل مشعل، أحكام المرض في فقه الأسرة، مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية، ط1: 2013م.
251- مصطفى الزرقا، الفتاوى، دار القلم- سوريا، ط2: 2001م.
252- مصطفى سليم، مباحث في علم الميراث، دار التدمرية- الرياض، ط6: 2011م.
253- الموسوعة العربية الميسرة، المكتبة العصرية –بيروت، ط1: 2010م.

254- نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، مكتبة الخدمات الحديثة – جدة، ط: 1984م.

255- نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي –المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد، دار الشروق- القاهرة، ط1: 2002م.

256- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع- الأردن، ط1: 2007م.

الثاني عشر: الكتب الطبية والبيولوجية

257- الجابري، الطب الشرعي والسموم، دار الثقافة للنشر- عمان، ط1: 2002م.

258- الحسين بن علي بن سينا، القانون في الطب، دار الفكر- بيروت، (د.ت.ط).

257- حسين علي شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، مكتبة نرجس، (د.ت.ط).

259- سميح يسين أبو الراغب، القوانين الطبية والقضائية في الطب الشرعي، ط:2011م.

260- السنابطي عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة، دار النهضة العربية- القاهرة، ط:2001م.

261- الشاعر عبد المجيد، ونزار فؤاد جاد الله، وحكمت خليل جبر، بنوك الدم، دار المستقبل للنشر- عمان، ط1: 1993م.

262- عبد الحكم فودة، الطب الشرعي وجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية –إسكندرية، ط: 2004م.

263- علي وصفي محمد، الوجيز في الطب العدلي، دار البيارق والدار الشامية- الأردن، ط7: 1998م.

264- محمد حرز الله وأبو ياسين مها، علم الأمراض والطب الشرعي، دار زهران للنشر والتوزيع- الأردن، ط: 2000م.

265- مصطفى الكحال، الطب الشرعي، منشورات جامعة حلب، ط: 1982.

266- المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته الفنية ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية، ط:2005م.

267- منصور عمر المعايطة، الطب الشرعي في خدمة الأمن والقضاء، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- الرياض، ط: 2007م.
268- وجدي رياض، الدم وسر الحياة، الهيئة المصرية للكتاب، ط: 1986م.

الثالث عشر: الاتفاقيات الدولية والقوانين:

أ- الاتفاقية الدولية:

269- اتفاقية ستراسبورج الأوروبية الصادرة بتاريخ في 1978/08/11م.

ب- التشريعات الداخلية:

270- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ8 يونيو 1966م، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم: 09-01 المؤرخ في: 29 صفر 1430هـ، الموافق لـ 25 فبراير 2009م، ينظر: قانون العقوبات في الموقع الرسمي لرئاسة الجمهورية الجزائرية: www.joradp.dz
271- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 75-58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975م، المتعلق بالقانون المدني والمعدل والمتمم بالقانون 05-10، المؤرخ في: 20 جوان 2005م، ينظر: الجريدة الرسمية، عدد: 44، الصادرة بتاريخ: 26-06-2005م.
272- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ09 جوان 1984م، والمتعلق بقانون الأسرة والمعدل والمتمم بموجب الأمر 05 – 02 الصادر في: 18 محرم 1426 هـ، الموافق لـ 27 فيفري 2005م، ينظر الجريدة الرسمية، العدد: 15، الصادرة بتاريخ: 27-02-2005م.
273- دستور1996م، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996م، معدل بالقانون 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002م، الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002م، القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008م، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 15 نوفمبر 2008م.

ج- التشريعات الخارجية:

274- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929م لا يزال ساري المفعول.

275- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم: 59-1953، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم: 59 بتاريخ: 07-09-1953م.

276- الأمر 13 أوت 1956م، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66 الصادر في: 17 أوت 1956م. قانون عدد 75 لسنة 1998م مؤرخ في: 28-10-1998م يتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، ينظر الرائد الرسمي عدد 87 بتاريخ: 30-10-1998م.

277- قانون العقوبات الليبي رقم 175 لسنة 1972م، ينظر: الجريدة الرسمية، العدد: 61، الصادرة بتاريخ: 23-09-1972م.

278- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: 61-1976م، المؤرخ في: 1976م، والمعدل بقانون رقم: 82 لسنة 2001م، الصادر بتاريخ: 31-12-2001م، المعدل بقانون رقم: 36 المؤرخ في: 17 أكتوبر 2010م، ينظر الجريدة الرسمية، العدد: 5061.

279- قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم 16 لسنة 1986م، الجريدة الرسمية العدد: 28، الصادرة بتاريخ: 1986م.

280- مدونة الأحوال الشخصية المغربية، قانون رقم: 70/03، المؤرخ بتاريخ: 12 ذي الحجة1424هـ، الموافق لـ03 فبراير 2004م، ينظر: الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

281- قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، وزارة العدل، ط1: 2011م، الجزء الثامن.

***المرجع الأجنبية باللغة الفرنسية والإنجليزية:**

I- Ouvrages:

282- Annie Bottiou, Empreinte généhgtri h> sbld tiques et droit de la filiation.

283- CF.(G)CORNU, Droit civil, La Famille, ed Montchrestien, Paris,2003.

284- Charli Lessard et Nathalie Parent, technique de la procréation assistée, Fédération du Québec pour le planning des naissances, (S.D.I

285- Jean Christophe Gallaux: l'empreinte génétique, la preuve parfaite J.C.P 1991.

286- Gerd Gross and others, Sexually Transmitted Infections and Sexually Transmitted Diseases, University of Texas, Springer Heidelberg Dordrecht London New York-USA, E 2011.

287- Jean –Claude GUILLEBAUD Nouvelles menaces: L' homme en vioe de disparition? , le monde diplomatique, Aout 2001.

288- James D. Watson with Andrew Berry, DNA the secret of life, Plfred a. Knopf – New York, P 2003.

289- L. L. Mai, M. Young, Owland M. P. Kersting, The Cambridge Dictionary of Human Biology and Evolution, Cambridge University, "Press 2005, Entry: "Anatomy 1

290- Marilyn C.Jones, Genetics and you, Cleft Palate Foundation-North Caroline (USA), E 2010.

291- Rmarle: le corps humain la sustice penale et experts j.c.p, Paris 1995.

292- Yves Morin, Petit Larousse de la médecine, Mame Imprimeurs – Paris, I 2003.

II- Législations:

293- Loi Nº 94-653 du 29 Juillet 1994 relative au respect du corps humain, Le Journal Officiel de la République Française Nº 175 du 30 juillet 1994.

294- Loi Nº 65 du 4 Juin 1963, Bull Nº 8.

295- La loi no 72-03 du 03 janvier 1972.

296- La loi no 2011-267 du 14 Mars 2011

297- La loi no 93-22 du 08 janvier 1993, www.legifrance.gouv.fr

*** المواقع الإلكترونية**

298- www.vulgaris-medical.com

229- الموقع الرسمي لرئاسة الجمهورية الجزائرية: www.joradp.dz

300- موقع كلية الحقوق لجامعة المنصورة: www.f-law.net

301- www.legifrance.gouv.fr 1

302- www.oxforddictionaries.com

303- www.thefreedictionary.com

304- موقع رابطة العالم الإسلامي www.themwl.org/Fatwa

305- www.futura-sciences.com

306- www.vulgaris-medical.com

307- موقع كلية الحقوق لجامعة المنصورة: www.f-law.net

فهرس الموضوعات

المحتوى	رقم الصفحة
الإهداء	02
شكر وتقدير	03
مقدمة	04
أهمية الموضوع	07
أسباب اختيار الموضوع	07
إشكالية البحث	08
الدراسات السابقة	09
المنهج المتبع	12
صعوبات البحث	14
خطة البحث	15
الباب الأول: التطورات الطبية والبيولوجية وعلاقتها بنظام الإثبات في الأحوال الشخصية (دراسة نظرية)	**17-146**
الفصل الأول: مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات والأحوال الشخصية	**19-79**
المبحث الأول: مفاهيم وقضايا أساسية لنظام الإثبات	21
المطلب الأول: مفهوم نظام الإثبات وأهميته	21
الفرع الأول: مفهوم نظام الإثبات	21
أولا: تعريف نظام الإثبات باعتبار مفرديه	21
1- تعريف النظام لغة واصطلاحا	21
2- تعريف الإثبات لغة واصطلاحا	23
ثانيا: تعريف نظام الإثبات باعتباره علما لقبا	24
الفرع الثاني: أهمية نظام الإثبات	26
المطلب الثاني: موقف فقهاء الإسلام والقانون في إطلاق وتقييد نظام الإثبات	28

الفرع الأول: موقف فقهاء الإسلام في إطلاق وتقييد نظام الإثبات	28
أولا: مذهب تقييد نظام الإثبات	28
ثانيا: مذهب إطلاق نظام الإثبات	33
الراجح	39
الفرع الثاني: موقف فقهاء القانون في إطلاق وتقييد نظام الإثبات	40
أولا: نظام الإثبات الحر (المطلق)	41
ثانيا: نظام الإثبات القانوني أو المقيد	41
ثالثا: نظام الإثبات المختلط	42
الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في إطلاق وتقييد نظام الإثبات	43
المبحث الثاني: مفاهيم وقضايا أساسية للأحوال الشخصية	46
المطلب الأول: الأصل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية	46
المطلب الثاني: مدلول مصطلح الأحوال الشخصية	47
الفرع الأول: تعريف الأحوال الشخصية باعتبار مفرديها (تعريف الأحوال، وتعريف الشخصية)	47
أولا: تعريف الأحوال	47
ثانيا: تعريف الشخصية لغة واصطلاحا	47
الفرع الثاني: تعريف الأحوال الشخصية باعتبارها علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا	48
المطلب الثالث: مفاهيم أولية لقضايا الأحوال الشخصية	51
الفرع الأول: مفاهيم أولية للعيوب الزوجية	51
أولا: تعريف العيوب الزوجية	51
1- تعريف العيوب الزوجية باعتبار مفرديها؛ أي: كلمة العيوب، وكلمة الزوجية	51
أ- تعريف العيب لغة واصطلاحا	51
ب- تعريف الزواج لغة واصطلاحا	52

2- تعريف العيوب الزوجية باعتبارها علما لقبا، أي: مركبا إضافيا	52
ثانيا: أنواع العيوب الزوجية	52
1- العيوب المشتركة بين الرجال والنساء	53
2- العيوب الخاصة بالرجل	55
3- العيوب الخاصة بالمرأة	56
الفرع الثاني: مفاهيم أولية في إثبات النسب	58
أولا: مفهوم إثبات النسب	58
1- تعريف إثبات النسب باعتبار مفرديه	58
أ- تعريف الإثبات لغة واصطلاحا	58
ب- تعريف النسب لغة واصطلاحا	58
2- تعريف إثبات النسب باعتباره علما لقبا	60
ثانيا: أهمية إثبات النسب	62
الفرع الثالث: مفاهيم أولية في الميراث	64
أولا: تعريف الميراث وأهميته ومشروعيته	64
1- تعريف الميراث لغة واصطلاحا	64
2- أهمية الميراث	65
3- مشروعية الميراث	67
ثانيا: أركان الميراث، وشروطه، وأسبابه، وموانعه	69
1- أركان الميراث	69
أ- المورِّث	69
ب- الوارث	69
ج- الموروث	69
2- شروط الميراث	69
أ- موت المُورِّث حقيقة أو حكما أو تقديرا	69

ب– حياة الوارث	70
ج– العلم بجهة الميراث	70
3- أسباب الميراث	72
أ– النكاح الصحيح	72
ب– القرابة	73
ج – الولاء	73
د – وأضاف المالكية والشافعية سبباً رابعاً وهو جهة الإسلام	74
4- موانع الميراث	75
أ– القسم المتفق عليه	75
-الرق	75
-القتل	76
-اختلاف الدين	77
ب– القسم المختلف فيه	79
الفصل الثاني: التطورات الطبية والبيولوجية ومنزلتها بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية	**80-146**
المبحث الأول: مفهوم الطب الشرعي وحجيته	82
المطلب الأول: مفهوم الطب الشرعي	82
الفرع الأول: تعريف الطب الشرعي باعتبار مفرديه	82
أولا: تعريف الطب لغة واصطلاحا	82
ثانيا: تعريف مصطلح الشرعي	83
الفرع الثاني: تعريف الطب الشرعي باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا	83
المطلب الثاني: حجية الطب الشرعي	85
الفرع الأول: حجية الطب الشرعي في الفقه الإسلامي	86
الفرع الثاني: حجية الطب الشرعي في القانون المقارن	92

المطلب الثالث: التقرير الطبي وأثره في الإثبات	94
الفرع الأول: ماهية التقرير الطبي	94
أولا: تعريف التقرير الطبي	94
ثانيا: محتوى التقرير الطبي	95
الفرع الثاني: أثر التقرير الطبي في إثبات الوقائع المتنازع فيها	96
المبحث الثاني: وسائل الطب الشرعي وأثرها في إثبات الوقائع المتنازع فيها	98
المطلب الأول: الفحص الطبي وأثره على نظام الإثبات	98
الفرع الأول: مفهوم الفحص الطبي	98
أولا: تعريف الفحص الطبي باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة الفحص، وكلمة الطبي	98
1- تعريف الفحص لغة واصطلاحا :	98
2- تعرف الطب	98
ثانيا: تعريف الفحص الطبي باعتباره علما لقبا؛ أي مركبا إضافيا	99
الفرع الثاني: مراحل الفحص الطبي	99
الفرع الثالث: أثر الفحص الطبي في إثبات الحقائق والوقائع المتنازع فيها	100
أولا: تحليل فصائل الدم	101
1- طبيعة الدم ومكوناته	101
أ- طبيعة الدم	101
ب- مكونات الدم ووظائفه	102
2- فصائل الدم (الزمر الدموية)	103
3- أثر فصائل الدم على نظام الإثبات	104
ثانيا: التحليل الجيني (البصمة الوراثية)	106
1- تعريف البصمة الوراثية	106
أ- تعريف البصمة الوراثية باعتبار مفرديها؛ أي: كلمة "البصمة"، وكلمة "الوراثية"	106
-تعريف البصمة	106

-تعريف الوراثية لغة واصطلاحا	106
ب- تعريف البصمة الوراثية باعتبارها علما لقبا؛ أي: باعتبارها مركبا إضافيا	107
2- خصائص البصمة الوراثية	108
3- أثر البصمة الوراثية على نظام الإثبات	110
المطلب الثاني: التشريح	110
الفرع الأول: تعريف التشريح وأنواعه	110
أولا: تعريف التشريح لغة واصطلاحا	110
ثانيا: أنواع التشريح	111
الفرع الثاني: الصفة التشريحية	112
الفرع الثالث: أثر التشريح على نظام الإثبات	116
المبحث الثالث: موقف فقهاء الإسلام والقانون في منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة نظام الإثبات في الأحوال الشخصية	118
المطلب الأول: الطرق الشرعية والقانونية لإثبات النسب	119
الفرع الأول: الطرق الشرعية والقانونية المتفق عليها في إثبات النسب	119
أولا: الفراش	119
ثانيا: الإقرار	122
ثالثا: البينة	124
الفرع الثاني: الطرق الشرعية المختلف فيها في إثبات النسب	126
أولا: القيافة	126
ثانيا: القرعة	128
المطلب الثاني: الطرق الشرعية والقانونية لنفي النسب	129
الفرع الأول: تعريف اللعان ومشروعيته	129
أولا: تعريف اللعان لغة واصطلاحا	129
ثانيا: مشروعية اللعان	130

الفرع الثاني: أثر اللعان في نفي النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن	131
أولا: أثر اللعان في نفي النسب في الفقه الإسلامي	131
ثانيا: أثر اللعان في نفي النسب في القانون المقارن	134
المطلب الثالث: منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن	135
الفرع الأول: مدى مشروعية التحاليل الطبية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانون المقارن	136
أولا: مدى مشروعية التحاليل الطبية في إثبات النسب في الفقه الإسلامي	136
ثانيا: مدى مشروعية التحاليل الطبية في إثبات النسب في القانون المقارن	137
الفرع الثاني: موقف فقهاء الإسلام والقانون من منزلة التطورات الطبية والبيولوجية بين أدلة النسب	143
أولا: موقف فقهاء الإسلام من منزلة البصمة الوراثية بين أدلة النسب	143
ثانيا: موقف فقهاء القانون من منزلة البصمة الوراثية بين أدلة النسب	145
الباب الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الأحوال الشخصية (دراسة تطبيقية)	**276-147**
الفصل الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا النسب	**217-153**
المبحث الأول: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه	155
المطلب الأول: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه في الفقه الإسلامي	155
المطلب الثاني: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب المتنازع عليه في القانون المقارن	160
المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات النسب المتنازع عليه بالبصمة الوراثية	165
المبحث الثاني: نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا	167

المطلب الأول: نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا في الفقه الإسلامي	167
المطلب الثاني: نطاق البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا في القانون المقارن	174
المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات نسب ابن الزنا بالبصمة الوراثية	176
المبحث الثالث: نطاق البصمة الوراثية في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي	178
المطلب الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وأنواعه	180
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي	180
أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة التلقيح، وكلمة الاصطناعي	180
1- تعريف التلقيح لغة واصطلاحا	180
2- تعريف الاصطناعي لغة واصطلاحا	180
ثانيا: تعريف التلقيح الاصطناعي باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا	181
الفرع الثاني: أنواع التلقيح الاصطناعي	182
أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي	182
1- تعريف التلقيح الاصطناعي الداخلي	182
2- صور التلقيح الاصطناعي الداخلي	182
ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي	183
1- تعريف التلقيح الاصطناعي الخارجي	183
2- صور التلقيح الاصطناعي الخارجي	184
المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي	184
الفرع الأول: إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي الداخلي	184
الحالة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء الزوج	184

الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بماء غير الزوج	186
الفرع الثاني: إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي الخارجي	188
الصورة الأولى: تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم زوجته	188
الصورة الثانية: تكون البيضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج، ويتم زرع اللقيحة في رحم مستعار (الرحم الضئر)	190
1- موقف الفقه الإسلامي من الرحم الضئر	190
2- موقف الفقه الإسلامي من إثبات النسب عن طريق الرحم الضئر	194
أ- تحديد الأم الحقيقية للمولود	194
ب- تحديد الأب الحقيقي للمولود	198
المطلب الثالث: موقف القانون المقارن في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي	201
الفرع الأول: موقف القوانين العربية من إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي	201
الفرع الثاني: موقف القوانين الغربية من إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي	204
المطلب الرابع: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في إثبات النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي	205
المبحث الرابع: نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب	207
المطلب الأول: نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب في الفقه الإسلامي	207
المطلب الثاني: نطاق البصمة الوراثية في نفي النسب في القانون المقارن	214
المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن في نفي النسب بالبصمة الوراثية	217

الفصل الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في قضايا الميراث	**276-218**
المبحث الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل	220
المطلب الأول: مفهوم ميراث الحمل وشروط توريث الحمل	220
الفرع الأول: مفهوم ميراث الحمل	220
أولا: تعريف ميراث الحمل باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة ميراث ، وكلمة الحمل	220
1- تعريف الميراث اصطلاحا	221
2- تعريف الحمل لغة واصطلاحا	221
ثانيا: تعريف ميراث الحمل باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا	221
الفرع الثاني: شروط توريث الحمل	221
الشّرط الأوّل: التحقق من وجود الحمل وقت وفاة مورثه	221
الشرط الثاني: التحقق من ولادة الحمل حيا حياة مستقرة	223
الفرع الثالث: موقف فقهاء الإسلام من قسمة التركة قبل وضع الحمل	225
المطلب الثاني: معيار التحقق من إثبات ميراث الحمل بين الطب الشرعي وآراء فقهاء الإسلام والقانون الوضعي	226
الفرع الأول: أثر الطب الشرعي في تحديد أقل مدة الحمل وأقصاها	228
أولا: أثر الطب الشرعي في تحديد أقل مدة الحمل	228
ثانيا: أثر الطب الشرعي في تحديد أقصى مدة الحمل	228
الفرع الثاني: أثر الطب الشرعي في تحديد تعدد الحمل وتعيين جنسه	231
المبحث الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الخنثى	235
المطلب الأول: مفهوم ميراث الخنثى، وأنواعه في الفقه الإسلامي والطب الحديث	235
الفرع الأول: مفهوم ميراث الخنثى	235
أولا: باعتبار مفرديه؛ أي: كلمة ميراث ، وكلمة الخنثى	235
1- تعريف الميراث اصطلاحا	235
2- تعريف الخنثى لغة واصطلاحا	235

أ– تعريف الخنثى لغة	235
ب– تعريف الخنثى اصطلاحا	236
–تعريف الخنثى في الفقه الإسلامي	236
–تعريف الخنثى في الطب	237
–تعريف الخنثى في قانون الأحوال الشخصية	237
ثانيا: تعريف ميراث الخنثى باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا	238
الفرع الثاني: أنواع الخنثى	238
أولا: أنواع الخنثى في الفقه الإسلامي	238
1- خنثى غير مشكل أو الواضح	238
2- خنثى مشكل	238
ثانيا: أنواع الخنثى في الطب الحديث	238
1- الخنثى الحقيقية	239
2- الخنثى الكاذبة	239
أ– الخنثى التي أصلها أنثى وظاهرها ذكر	239
ب– الخنثى التي أصلها ذكر وظاهرها أنثى ذكر	239
ثالثا: الفرق بين الخنثى في الفقه الإسلامي والطب الحديث	241
المطلب الثاني: معيار تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي والطب الحديث	242
الفرع الأول: معيار تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي	242
الفرع الثاني: معيار تمييز جنس الخنثى في الطب الحديث	245
أولا: معيار الصبغيات (الكروموسومات)	245
ثانيا: معيار الغدة التناسلية	245
ثالثا: معيار على مستوى الأعضاء التناسلية	246
المطلب الثالث: ميراث الخنثى في الفقه الإسلامي والقانون المقارن	247
الفرع الأول: ميراث الخنثى في الفقه الإسلامي	247

الفرع الثاني: ميراث الخنثى في القانون المقارن	251
المبحث الثالث نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الموت الجماعي	252
المطلب الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات هوية المفقود	252
الفرع الأول: تعريف المفقود لغة واصطلاحا	252
أولا: تعريف المفقود لغة	252
ثانيا: تعريف المفقود اصطلاحا	252
1- تعريف المفقود في الفقه الإسلامي	252
2- تعريف المفقود في القانون الوضعي	253
الفرع الثاني: حكم إثبات هوية المفقود في الفقه الإسلامي والقانون المقارن	253
أولا: حكم إثبات هوية المفقود في الفقه الإسلامي	253
ثانيا: حكم إثبات هوية المفقود في القانون المقارن	255
المطلب الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات أسبقية الوفاة	256
الفرع الأول: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات أسبقية الوفاة في الفقه الإسلامي	256
الفرع الثاني: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات أسبقية الوفاة في القانون المقارن	265
المبحث الرابع: نطاق التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات تصرفات مريض مرض الموت في الميراث	267
المطلب الأول: مفهوم مرض الموت	267
الفرع الأول: تعريف مرض الموت	267
أولا: تعريف مرض الموت باعتبار مفردية	267
1- تعريف المرض لغة واصطلاحا	267
أ- تعريف المرض لغة	267

ب– تعريف المرض اصطلاحا	268
2- تعريف الموت لغة واصطلاحا	268
أ– تعريف الموت لغة	268
ب– تعريف الموت اصطلاحا	268
ثانيا: تعريف مرض الموت باعتباره علما لقبا؛ أي: مركبا إضافيا	268
المطلب الثاني: أحكام تصرفات المريض مرض الموت	271
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من توريث المتزوجين في مرض الموت	271
أولا: موقف الفقه الإسلامي من توريث المتزوجين في مرض الموت	271
ثانيا: موقف القانون المقارن من توريث المتزوجين في مرض الموت	273
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون المقارن من توريث المطلقة في مرض الموت	273
أولا: موقف الفقه الإسلامي من توريث المطلقة في مرض الموت	273
ثانيا: موقف القانون المقارن من توريث المطلقة في مرض الموت	275
الخاتمة	277
الفهارس	283
فهرس الآيات القرآنية	284
فهرس الأحاديث النبوية	292
فهرس الأعلام	299
فهرس القواعد الأصولية	307
فهرس المصطلحات الفقهية	308
فهرس المصطلحات الطبية و البيولوجية	310
فهرس المصادر والمراجع	312
فهرس الموضوعات	340

ملخص البحث بالعربية

إن الحديث عن التطورات الطبية والبيولوجية وأثرها على نظام الإثبات يرشدنا إلى الطب الشرعي باعتباره فرع من الطب يبحث في تطبيق العلوم الطبية بهدف تفسير وإيضاح وحل الكثير من القضايا التي تنظر أمام القضاء، وقد دلت الآيات والأحاديث والآثار بالإضافة إلى القانون الوضعي أن الطب الشرعي يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات يتوصل بها إلى معرفة الحق، وقد اعتمد النبي–صلى الله عليه وسلم– القيافة في معرفة نسب أسامة لأبيه زيد، كما أن الصحابة –رضي الله عنهم– اعتمدوا في حكمهم على القرائن، كما أن القانون الوضعي اعتمد على الخبرة في إثبات الواقعة المتنازع فيها، وهذا يدل على وجوب الرجوع إلى أهل الخبرة في المسائل التي لا يمكن معرفتها إلا بهم، وما يقوم به الطبيب الشرعي إنما هو من قبيل العمل بالقرائن كاستعمال تحليل الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب، وغيرها.

إن مسائل الأحوال الشخصية كثيرة ومتنوعة، وقد تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون بالدراسة والتحليل، لهذا اقتصرت على دراسة قضايا الأحوال الشخصية التي يحدث فيها النزاع بواسطة وسائل الإثبات الطبية والبيولوجية؛ وهي كالتالي: إثبات العيوب الزوجية، إثبات النسب أو نفيه، وإثبات الميراث

– فبالنسبة للعيوب الزوجية بفضل الفحص الطبي الذي يُجرى قبل الزواج قد أزال الكثير من المشاكل التي تكون بسبب العيوب، كالخناثة، والجنون، والبرص، والجذام، وغيرها، كما أنه استطاع الطب الحديث أن يزيل العيوب الزوجية بالجراحة كالرتقاء، والقرناء، وبالأدوية كالبخر، وغيرها، وبالتالي لا تفريق بين الأزواج في حالة زوال العيب بالجراحة، إذْ تتدخل الجراحة الحديثة في إزالة غالب هذه العيوب، ويبقى العيب الذي لا تستطيع الجراحة أن تلغيه، يبقى التفريق به واردا كإصابة أحد الزوجين بالأمراض المعدية كالإيدز مثلا.

– وأمّا إثبات النسب أو نفيه فقد دلت الأبحاث الطبية التجريبية على أن نسبة النجاح في إثبات النسب أو نفيه عن طريق معرفة البصمات الوراثية يصل في حالة النفي إلى حد القطع؛ أي: نسبة 100٪، وأمّا في حالة الإثبات فإنه يصل إلى قريب من القطع وذلك بنسبة 99٪ تقريبا إلاّ أن

الطرق الشرعية (الفراش، والبينة، والإقرار) تعتبر وسائل تلقتها الأمة بالقبول، وقد نص القرآن والسنة، وإجماع الأمة، فلا يجوز تقديم البصمة الوراثية عليها بدعوى أنها وسيلة قطعية في حالة نفي النسب، وشبه قطعية في حالة الإثبات، أمّا طرق إثبات النسب المختلف فيها كالقيافة والقرعة، فإن البصمة تتقدم عليهما؛ لأن البصمة الوراثية تقوم على أساس التجارب العلمية التي مبناها اليقين لا الشك، بينما القيافة تقوم على أساس الفراسة التي مبناها الشبه والتخمين، والقرعة تقوم على العشوائية.

- وأمّا إثبات الميراث فبفضل الاكتشافات الحديثة —التطورات الطبية والبيولوجية خاصة- حلت الكثير من مسائل الميراث التي يتردد فيها الوارث بين الوجود والعدم، أو الذكورة والأنوثة، كوجود الحمل عن طريق فحص البول مخبريا، ومعرفة تعدد الحمل عن طريق استعمال موجات فوق الصوتية، ومعرفة جنس الخنثى عن طريق معايير طبية وبيولوجية إمّا على مستوى الصبغيات، أو على مستوى الغدة التناسلية، أو فحص الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنية، ومعرفة هوية الأشخاص المفقودين في الحرب بشكل دقيق، وتحديد زمن الوفاة بدقة متناهية من خلال التحليل البيوكيميائي للجثث، وغيرها. والله أعلم.

Research summary in English

The discussion about medical and biological developments and their impact on evidence system lead us to forensic medicine as a branch of medecine which specialises in the application of medical sciences that aims to interpret, clarify and solve many cases which are tackled infront of the court. Verses from Coran and Hadith in addition to statory laws have proven that forensic medecine is considered as a proof system used to find out the truth. The Prophet -God's peace and blessings be upon him- adopted Physiognomy to find out the parentage of Oussama to his father Zaid. Also, the companions -may Allah be pleased with them- relied on evidences in their judgments. Statory law also relied on experience in proving the disputed parentage . and this indicates that it is a must to refer back to people with experience about the issues which can't be unfolded without them. and what the forensic doctor do dealing with evidences such as blood analysis and DNA to prove decent and other issues.

Personal status issues are many and varied, and has been dealt by scholars of Islamic Sharia law through studying and analysing, for this i will confine myself on studying

Personal status where conflicts happen using medical and biological evidences. they are as follows: proving Marital defects , Proving or denying parentage, and proving inheritance.

Thanks to the medical examination, marital defects that is conducted before marriage has solved many problems that could be caused by defetcs such as effeminacy, madness, leprosy and others. Also, modern medecine successfuly was able to remove marital defects such as artetic, cornua uteri and by medecines like halitosis and others,as a result, married coulpes wouldn't be seperated if thedefect was removed by surgery , because surgery eliminate most of

these defections, unless the defection is unremovable, in this case the couples should be seperated if one of them has contagious diseases such as AIDS.

As for proving or denying parentage, medical reseaches showed that the success rate in proving or denying parentage by finding out genetic fingerprinting reaches confirmation level (100 %) in case of denial. In case of aproving, it may reach near to confirmation rate (99% approximately). The Sharia ways (bedding, evidence, and recognition) are considred means and accepted by the public. The Qur'an, Sunnah, and the public stated that genetic fingerprinting shall not be given priority over them because it is definitive in case of denial and nearly definitive in case of aproving, As for other ways of approval such as Physiognomy and Lottery genetic fingerprinting is more convcing because this latter is based on scientific experiments without doubts whereas Physiognomy is based on assessements that uses similarities and guessing and lottery is based on randomness.

As for proof of inheritance, thanks to recent discoveries mainly medical and biological ones, many inheritance cases has been solved where the heir hesitate between having the right to get his/her inheritance or not, beiug male of female, proving pregnancy by testing urine in laboratory; know if there was multiple pregnancy using ultrasound device; find out the sex of the hermaphrodite through medical and biological checks by chromosomes, reproductive gland or genital examination (internal and external); finding out accurately the identity of missing people in war, determine the death time accurately through biochemical analysis of the corpses and else ...and Allah knows best.

Résumé d'exposé

Le grand essor de la médecine et de la biologie et son effet sur l'établissement de la filiation nous mènent à la médecine légiste qui contribue largement à l'explication, l'illustration et surtout à la résolution de plusieurs affaires judiciaires. Les versets coraniques, les hadiths et même les textes de la loi prouvent que la médecine légiste est considérée comme un moyen de preuve. Et même notre prophète a procédé par la physiognomonie pour connaître la descendance de Oussama à son père Zaid.

De plus les sahabas (les compagnons du prophète) (que Dieu leur accorde grâce et paix) basaient aussi sur les indices et la preuve dans leur jugement sur les présomptions.

Le recours au spécialistes et aux experts dans certaines questions ainsi à la médecine légiste pour l'analyse sanguine et l'empreinte génétique demeurent primordial pour la résolution de diverses questions qui font l'objet de multiples conflits judicaires.

La question sur les statuts sociaux sont multiples et nombreuses et elle faisaient le vif de sujet des juristes et des faqîhs. Je me focaliserai donc sur l'étude des questions portées sur les statuts sociaux qui contiennent des conflits sur les moyens de preuve médicale ou biologique : la preuve des défauts conjugaux ; l'affirmation ou l'infirmation de la filiation et l'établissement de l'héritage.

Grâce aux consultations faites avant le mariage, plusieurs problèmes liés aux défauts comme l'hermaphrodisme, la folie, la lèpre et l'albinisme peuvent être évités.

Ainsi la médecine moderne a pu éliminer plusieurs problèmes comme l'imperforation de l'hymen ou l'utérus bicorne à travers la

chirurgie ou les traitements. Cependant la chirurgie reste incapable d'éliminer quelques maladies infectieuses comme le Sida.

Les différentes recherches médicales prouvent, en utilisant les empreintes génétiques, que le taux de l'infirmation de la filiation est de 100%. Mais dans le cas de l'affirmation ce pourcentage est de 99%. Dans ce dernier cas on ne peut pas privilégier l'empreinte génétique sur les procédures légales dictées par le coran et le sunna (le mariage, la preuve, la déclaration)

L'empreinte génétique est considérée comme un moyen décisif par rapport au tirage ou à la physiognomonie car elle est basée sur des fondements scientifiques et sur la certitude et non sur le doute ou le hasard.

En outre, grâce aux nouvelles découvertes biologiques et médicales, plusieurs problèmes liés à l'héritage sont résolus en procédant par l'analyse sanguine, l'échographie, connaître le sexe de l'hermaphrodite. Elles ont permis aussi de préciser l'heure exacte de décès à travers l'analyse biochimique des cadavres et connaître l'identité des personnes disparues pendant la guerre.

الملخص

إن الحديث عن التطورات الطبية والبيولوجية وأثرها على نظام الإثبات يرشدنا إلى الطب الشرعي باعتباره فرع من الطب يبحث في تطبيق العلوم الطبية بهدف تفسير وإيضاح وحل الكثير من القضايا التي تنظر أمام القضاء، وقد دلت الآيات والأحاديث والآثار بالإضافة إلى القانون الوضعي أن الطب الشرعي يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات يتوصل بها إلى معرفة الحق، وقد اعتمد النبي-صلى الله عليه وسلم- القيافة في معرفة نسب أسامة لأبيه زيد، كما أن الصحابة -رضي الله عنهم- اعتمدوا في حكمهم على القرائن، كما أن القانون الوضعي اعتمد على الخبرة في إثبات الواقعة المتنازع فيها، وهذا يدل على وجوب الرجوع إلى أهل الخبرة في المسائل التي لا يمكن معرفتها إلا بهم، وما يقوم به الطبيب الشرعي إنما هو من قبيل العمل بالقرائن كاستعمال تحليل الدم والبصمة الوراثية في إثبات النسب، وغيرها. إن مسائل الأحوال الشخصية كثيرة ومتنوعة، وقد تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون بالدراسة والتحليل، لهذا سأقتصر على دراسة قضايا الأحوال الشخصية التي يحدث فيها النزاع بواسطة وسائل الإثبات الطبية والبيولوجية؛ وهي كالتالي: إثبات العيوب الزوجية، إثبات النسب أو نفيه، وإثبات الميراث.

الكلمات المفتاحية:

الأحوال الشخصية؛ الطب الشرعي؛ البصمة الوراثية؛ إثبات النسب؛ نفي النسب؛ التلقيح الاصطناعي ؛ الميراث؛ الفحص الطبي؛ نظام الإثبات؛ ميراث الموت الجماعي.

نوقشت يوم 05 جوان 2016