

الأحكام المتعلقة ب حقوق الحمل

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة



دكتور

أوان عبد الله الفيضي

دكتوراه في القانون الخاص
أستاذ قانون الإثبات والمرافعات
كلية الحقوق - جامعة الموصل

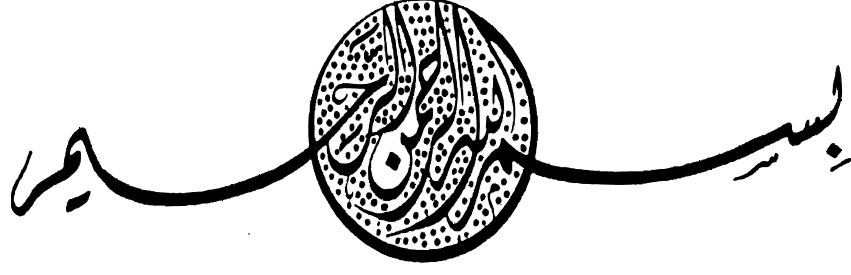
دارشحات للنشر



دار الكتب القانونية

مصر - الإمارات

مصر - الإمارات



المقدمة

الحمد لله الذي أعطى كل مخلوق حقه، والصلاة والسلام على من أرشد الى حقوق الإنسان المقررة بالقران الكريم، وعلى اله وأصحابه الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين، احمده حمدا يتقرب به المتقربون، واشهد إن لا اله إلا الله شهادة تنفع قائلها يوم لا ينفع مال ولا بنون واشهد إن محمدا (ﷺ) عبد الله ورسوله ، اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا يا رب العالمين علما وبعد ...

يعد الطفل الثمرة المرجوة من السعادة الزوجية واحد أركان الأسرة ، فيه يتم بقاؤها وامتداد نسلها، وهو المنحة الكريمة والهبة العظيمة التي طالما كانت أملا للكثيرين، ورغبة سالت على السنة عباد الله المقربين، إذ قال تعالى على لسان زكريا ﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي وَهَنَ الْعَظْمُ مِنِّي وَاسْتَعَلَ الرَّأْسُ شَيْبًا وَلَمْ أَكُنْ بِدُعَائِكَ رَبِّ شَقِيًّا ٤ ﴾ وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوْلَىٰ مِن وِرَآئِي وَكَانَتْ أَمْرًا نِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِن لَدُنْكَ وَلِيًّا ٥ ﴾ يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا ٦ ﴾ سورة مريم/ ٤-٦ ، ولأجل هذه القيمة العظيمة والهبة الكريمة امتن الله على عباده فقال تعالى ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾ سورة النحل / ٧٢ ، وبهذا أبدأت الشريعة الإسلامية عناية فائقة بالطفل ونعنته بأنه زينة الحياة الدنيا، وخصصت له قدرا كبيرا من اهتمامها، فأبانت أحكام الطفل من حين ان تدب فيه الحياة وهو لا يزال في بطن امه الى ان يشب ويتزعرع، كل هذا محافظة منها على قيام المجتمع على اتم وجه واكملة ، وصيانة لافراده من الفساد، فشملت ابوابا مختلفة وفصولا كثيرة من المباحث الفقهية التي تتعلق بالطفل وحياته منذ تخلقه جنينا الى صيرورته فردا، مؤكدة على حقه الأول في المحافظة على حياته في بطن امه حتى خروجه الى الحياة صحيح البدن سليماً معافى ، فولادته لا تعد بداية حياته الحقيقية ، انما تدل على انه انهى مرحلة وجاء إلى العالم الخارجي، تلك المرحلة المهمة التي انهاها هي مرحلة الحمل ، حيث يتكون فيها الفرد فعلا، وتحدد معالمه الوراثية وجنسه ذكرا ام انثى .

ولهذا افترضت له الشريعة الاسلامية حياة تقديرية وشخصية ناقصة واعترفت بحقوقه، فجازت له الوصية والهبة والوقف وحقه في انتسابه لأبويه ، والاحتفاظ بنصيبه في تركة من مات وكان هذا الجنين احد ورثته، فلا يكون مالكا حقيقيا الا بعد ان يولد حيا ويستهل ولو بصرخة، اذ شاعت رحمة الله تعالى ان لا تحرمه من هذه الحقوق التي تعود عليه بالنفع الواضح ولا تحتاج في نشأتها الى قبول منه، وجنبه ما يضر مصلحته وهي الحقوق التي تحتاج في نشأتها الى قبول فلم يثبتها عليه.

ولهذه الاهمية العظمى للموضوع فقد عزمنا على الخوض في دراسته، اذ لاحظنا قلة الدراسات المقارنة الخاصة به، محاولين من خلاله الاجابة عن تساؤلات عديدة يثيرها هذا الموضوع مصدرها مجموعة فرضيات اهمها، هل يملك الجنين حقوقا بعد مرحلة زواج ابويه؟ وما هي هذا الحقوق؟ وكيف يمكن ايفاؤها؟ وما هي هذه الاحكام المتعلقة بحقوق الحمل؟ معتمدين في ذلك على المنهج المقارن، من خلال مقارنة بعض التشريعات الوضعية العالمية - كالإعلان العالمي والاعلان الاسلامي لحقوق الانسان - والقوانين الوضعية بالفقه الإسلامي ، فكانت القوانين مدار البحث في القانون العراقي والاردني والكويتي والمصري والسوري والجزائري والسعودي والفرنسي، فضلا عن الاستئناس ببعض القوانين العربية والاجنبية الاخر ، مع الأخذ بالمنهج التحليلي الاستنباطي ايضا وذلك في تحليل النصوص واستخلاص الاحكام والمبادئ منها، كما اشرنا إلى موقف القضاء في هذه الدول بقدر ما توافر لدينا من قرارات قضائية، فكان للمنهج التطبيقي دورا بارزا في هذا الخصوص، إذ يقوم بالاساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالقرارات القضائية، وبيان مدى تطابق المواقف القانونية والفقهية والقضائية من عدمه، من اجل الجمع بين الجانبين النظري والعملي آملين ان نوفق لتحقيق مبتغانا .

لكل ذلك وقع اختيارنا على دراسة هذا الموضوع ، وللاجابة عن هذه التساؤلات المثارة وتساؤلات اخر والاحاطة بكل ما فيها وازالة ما يكتنفها من غموض او لبس ، كما ان تطور الاحداث على الساحتين العلمية والتشريعية يفرض علينا ان نتعامل مع معطيات هذا التطور حتى نلاحقه بسرعة ونسير في ركابه ، بشرط ان نكون على معرفة بمواضع اقدامنا وما اذا كانت على بصيرة او على غير هدى .

ومن هنا فإن الواجب العلمي والامانة يحتمان على الباحثين والدارسين ان يفرغوا وقتهم وان يركزوا جهودهم لبحث الاحكام المتعلقة بموضوعنا التي تناسب هذه المستجدات على الساحتين التشريعية والعلمية ، وذلك لان الاحكام المتعلقة بحقوق الجنين يجب ان تواكب التقدم عموما ان كان صالحا يفيد البشرية، ومن ناحية اخرى فإنه يجب ان نكبح جماح التقدم او نضع

له سياجا من الامان وصون الكرامة ان كان ذلك يؤدي الى تدهور اركان المجتمع او يهين افراده او يشوه صورته .

وكما أن البعض لا يجيز ان تتم المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية لان الشريعة المتكاملة لا يمكن ان تكون مجال مقارنة مع قوانين تمتاز بالنقص موضوعة من قبل البشر ، ونفق معهم في ذلك ، الا انه في بعض الحالات ينبغي ان تتم المقارنة من اجل فائدة الشريعة الاسلامية اولا واخيرا، وذلك لتوضيح واطهار ان احكام الشريعة الاسلامية هي الافضل والاسمى من اجل العودة الى الحكم بها اولا ، ومن اجل اظهار النقص التشريعي في القوانين الوضعية ومحاولة اكمالها ورفع تعارضها مع احكام الشريعة الإسلامية وثوابتها ثانيا، مستهدين بالكثير من المقارنات القرآنية متعددة الصور بين الكفر والايمان بالله تعالى ، ولعل ولاية الامر بوجهوا انظارهم الى احكام الشريعة الاسلامية وان يجعلوا القوانين مستمدة من احكامها، فيحكمون شرع الله ويدعون ما سواه، ولتكون بالمحصلة لخدمة ولصالح المسلمين وطلبا في مرضاة الله تعالى ، داعيا المولى عز وجل ان يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي يوم القيامة وان يكون علما نافعا ينفع به الناس خالصا لوجهه الكريم ، وان يمن علي بالقبول ويجعله لنا ذخرا ويعظم لنا به اجرا ويضع عنا به وزرا انه سميع مجيب الدعاء .

هذا ما سنبحثه في هذه الدراسة المتواضعة من خلال خمس فصول ، نتعرف في الأول على حق الجنين في الحياة، ونستعرض في الثاني حق الجنين في النسب، ثم نتناول في الثالث حق الجنين في الميراث، ثم نوضح في الرابع حق الجنين في الوصية، ونتناول في الخامس حق الجنين في الوقف، وأخيرا نختم الدراسة بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها.

واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الامين وعلى اله وصحبه الغر الميامين ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين.

ومن الله تعالى التوفيق والنجاح والسداد

خادم الإسلام والمسلمين

الأستاذ المساعد الشيخ الدكتور

أوان عبدالله الفيضي

الفصل الاول

حق الجنين في الحياة

يعد الطفل الثمرة المرجوة من العلاقة الزوجية فهو المنحة الكريمة والهبة العظيمة التي توجب على الاسرة والمجتمع ان يحسن ويكرم رفاذته ويمنحه ما يستحقه من الرعاية والعناية منذ ان ينفخ فيه الروح وهو في بطن امه، لأنه أمانة في عنق المجتمع وامله في غد مشرق .

ولذا فقد ابدت الشريعة الاسلامية عناية فائقة بالطفل ونعته بأنه زينة الحياة الدنيا وخصته باحكامها منذ تخلقه جنينا الى صيرورته فردا، مؤكدة على حقه الاول بالمحافظة على حياته في بطن امه حتى خروجه الى الحياة صحيح البدن سليم معافى .

ويشمل حق الجنين في الحياة حقه في البقاء حيا ومنع الجناية عليه بأية صورة كانت ، وهذا الحق مبني على اساس ان الجنين نفس انسانية خلقها الله تعالى الخالق ، فيحرم بذلك ان يمارس ضدها اي نوع من انواع الاعتداء سواء كان من قبل الام أم من غيرها .

فالواجب إذن على الام الحامل العناية بنفسها اثناء فترة الحمل للمحافظة على جنينها، وذلك بتناول الغذاء الذي يتوافر فيه العناصر اللازمة لتكوينه ونموه، حيث ينشأ قوي البنية ، وتتجلى هذه القوة بمعناها المادي المعروف، كما تتجلى ايضا بمعناها الروحي بأن يكون الغذاء طاهرا مبرءاً من كل حرام ، فلا يتغذى الجنين والام الحامل الا من حلال.

ولا يجوز للام الحامل أيضا ان تتعاطى اثناء فترة الحمل أيا من المحرمات كالمسكرات او المخدرات ، لأنها تعد مسؤولة عن الامانة التي تحملها بأحشائها ، فإذا تضررت كان واجبا عليها ان تبادر الى العلاج السريع المبكر حتى لا يكون مهددا لسير الحمل ، وعليها ان تتجنب الاجهاد والمواقف النفسية المؤدية وكل الوسائل التي من شأنها ان تؤدي الى الاسقاط .

فحق الجنين في الحياة حق مفروض من الله تعالى المحيي المميت ويقع على الوالدين واجب حمايته ، لأنهما مسؤولين امام الله تعالى عن هذه الامانة، فهما ليسا اكثر من وسيلة طبيعية سخرها الله تعالى الخالق لنقل الحياة اليه ، ويقع على المجتمع ايضا ان يحمي هذا الحق ويصونه بكل الوسائل المتاحة، خاصة وان علماء النفس يؤكدون على اهمية الفترة التي تنحصر بين الاخصاب والولادة اذ يتظافر مع نمو الجنين وتكوين قدراته في هذه المرحلة عوامل ومؤثرات عديدة، سواء وراثية ام بيئية يتأثر بها الجنين ، فيتكون الجنين وتتحدد المعالم الوراثية ويتحدد جنسه ذكرا او انثى ، فتكون عملية نمو سريعة تهدف الى تكوين كائن بشري جديد .

ولذا فإن الشارع الحكيم خفف عن الام الحامل جملة من الاحكام الشرعية رعاية لحقها وحق جنينها بالحياة ، كإباحة الفطر في شهر الصيام ان خافت على حملها ، بشرط الفدية والقضاء، وان صامت صح صومها وجعل هذا الأمر متروك لها وللأطباء لتقدير ذلك .

كما رتب الاسلام ايضا جملة عقوبات لمن ينتهك حق الجنين بالحياة فأوجب الدية على جريمة الاجهاض في حالة نزوله حيا وعقوبة مالية في حالة نزوله ميتا ، سواء كان المسقط امه ام شخص اخر ، واوجب أيضا الكفارة سواء كان الجاني امه ام غيرها وسواء سقط حيا ام ميتا، ويتحمل الكفارة دائما القاتل وحده ، وهي تتمثل في تحرير رقبة مؤمنة او صيام شهرين متتابعين ، فضلا عن العقوبة الاخرى التي رتبها الله تعالى على من قتل نفسا بغير حق .

كذلك ابدت القوانين الوضعية عموما سواء على الصعيد الخارجي الدولي ام على الصعيد الداخلي الوطني من قواعد تلزم بالمحافظة على حق الجنين بالحياة ورعايته وعدم اسقاطه ، ورتبت عقوبات على قتل الجنين في رحم الام سواء بفعل الام الحامل ام بفعل الغير وسواء برضا الام الحامل ام عمدا بدون رضاها ، فالقوانين عموما لم تعند برضى الحامل بالاسقاط، أي ان رضيت الام باسقاط حملها فان ذلك لا يعفيها من المسؤولية اذا هي اسقطت حملها بالفعل او رضيت ان يقوم شخص اخر كالطبيب او القابلة او نحوهما بهذا الفعل الجرمي ، اذ ان حق الجنين في الحياة ليس من الحقوق التي تملك الام التنازل عنها ، فضلا عن انه حق خالص للجنين في حياة مستقبلية ، وللمجتمع ايضا الحق في ان يضمن لنفسه وسائل التكاثر والمحافظة على النسل بشكل طبيعي ، لذلك كان رضا الحامل بالاسقاط لا يبيح القتل .

واستكمالاً للموضوع فإنه يحسن بنا تقسيم هذا الفصل الى ثلاث مباحث وذلك حسب الترتيب الآتي :

المبحث الاول / ماهية حق الجنين في الحياة في الشريعة الاسلامية

المبحث الثاني / ماهية حق الجنين في الحياة في القوانين والاتفاقيات الدولية

المبحث الثالث / العقوبات المترتبة على انتهاك حق الجنين في الحياة

المبحث الاول

ماهية حق الجنين في الحياة في الشريعة الاسلامية

بداية لأبد من الوقوف على معنى الجنين لغة ، فالجنين من جن الشيء يجنه ويستره ، وجن الليل إذا ستره ، قال تعالى ﴿ فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا قَالَ هَذَا رَبِّي فَلَمَّا أَفَلَ قَالَ لَا أُحِبُّ الْآفِلِينَ ﴾ (٧٦) (١) ، فقال جن الليل واجنه الليل اذا ظلم أي ستره بظلمته ، والجنان القلب لاستتاره في الصدر، والجنين هو الولد ما دام في بطن امه لاستتاره فيه وجمعه اجنة (٢).

وعموما يتجه الفقهاء المسلمون في تعريف الجنين في اللغة بانه : المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة، فعبارة جنين اذن ترجع الى الاستتار المتحقق بهذا المعنى (٣).

وحقيقةً فإن حق الحياة يعد الحق الاول والاهم للجنين الذي به تبدأ سائر الحقوق الاخر، فعند وجوده يمكن ان تظهر الحقوق ، وعند انتهائه تتعدم الحقوق الآخر، ويبدو هذا الحق على انه حق للانسان في الظاهر، الا انه في الحقيقة هو منحه إلهية من الله تعالى الخالق البارئ المصور، وليس للانسان فضل في ايجاده، وان أي اعتداء عليه يعد اعتداء على حرمة الله تعالى وجريمة في نظر الاسلام والمجتمع (٤).

وحقوق الطفل عموما قد نالت صورا متفاوتة من الاهتمام في احقاب التاريخ وفي ظل الحضارات القديمة ، وينبغي لذلك القاء الضوء بدايةً على مراحل تطور حقوق الطفل سواء قبل الولادة ام بعدها وحمايتها لدى الامم المختلفة والحضارات القديمة والشرائع والاديان السماوية ، اذ كانت ظاهرة وأد الاطفال وخاصة الاناث منهم ظاهرة طبيعية متأصلة لدى الاقوام البدائية ، ولم يقف الامر عند هذا الحد بل شاعت بعض الممارسات التي حطت من قيمة الاطفال ، فكانت هناك ممارسات كعدم تغسيل الاطفال لاسيما الاناث منهم، وتقييد الاطفال وربطهم وتغطيسهم في البول لاكتساب المناعة ضد الارواح الشريرة ودهنهم بالزيت والزبدة وضربهم باستمرار وسحب

(١) سورة الانعام آية ٧٦.

(٢) ينظر: محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٦هـ)، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ١٩٨١، ص ١١٤؛ وفؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب ، ط ٢٢، دار المشرق ، بيروت، ١٩٧٨، ص ٩٤ .

(٣) ينظر : د.محمد سلام مذكور ، الجنين والاحكام المتعلقة به في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص ٣٠.

(٤) ينظر: د. محمد فتحي عثمان، حقوق الانسان بين الشريعة الاسلامية والفكر القانوني الغربي، دار ابن الاثير، جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص ٦٦.

السنتهم الى الخارج واسكارهم لغرض تهدئتهم ، وغيرها من الممارسات اللانسانية التي تؤدي الى اضرار جسدية ونفسية بالغة ، حتى وصلت بعض الانظمة الى ممارسات اكثر وحشية منها ما كان يحدث في اسبارطة، اذ كان يرمى الاطفال من صخور مرتفعة فإن لم تتحمل اجسامهم برودة المياه جاز عدم تربيتهم باعتبار ان الحياة لا تليق الا بالاقوياء (٥).

وما ان جاءت حضارة الفراعنة في مصر حتى حرمت ظاهرة وأد البنات التي كانت سائدة في بلاد اليونان قديما ، وكان الطفل يحظى في السنوات الاولى من عمره بعد ولادته بالرعاية السليمة في جو اسري مستقر تسوده الاخلاق في ظل هذه الحضارة ، كما شهد عهد اخناتون اهتماما بالغا بموضوع الطفل ، وحاول احدهم تصوير حياة الجنين مخاطبا اله الشمس: يا خالق الجرثومة في المرأة ويا خالق البذر ويا واهب الحياة للجنين في بطن امه منحته الطمأنينة ل يبقى حيا حتى يولد... وهذا يدل على ان الاهتمام بالطفل سواء قبل الولادة ام بعدها وصل الى مرحلة لا بأس بها في عهد الحضارة المصرية (٦).

ويمكن القول تحديدا ان الحضارة الاغريقية كانت من المع الحضارات في عهد التاريخ القديم، اذ اعتبرت الاسرة في العصر المبكر من تاريخ اثينا هي المدرسة الاولى للاطفال ، وقد كان لافلاطون نظريات وافكار عديدة تتعلق بالطفولة وتربيتهم ضمن مؤلفه الشهير (الجمهورية الفاضلة) (٧).

اما في ظل المجتمع الروماني فلم يكن مفهوم الحقوق ثابتا، اذ وجد ما يعرف بولاية او سلطة رئيس العائلة على افرادها بما فيهم الاطفال تلك السلطة التي قد تصل احيانا الى حد ازهاق روح أي فرد من افراد الاسرة او بيعه باعتباره عبدا (٨).

في حين اولت الشرائع والحضارات العراقية القديمة على اختلاف انواعها اهتماما لا باس به بالطفل، ففي قانون لبت عشتار السومري، نجد انه قد اعترف للطفل بشخصية قانونية وبحقه في الحياة والارث حتى لو كان ابن امه ، وهذا ما جسده القانون المذكور في نص المادة /٢٤،

(٥) ينظر : غسان خليل ، حقوق الطفل التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين ، وزارة حقوق الانسان ، بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص ٧.

(٦) ينظر : المرجع السابق ، ص ٨.

(٧) ينظر : د. هاشم الحافظ و د. ادم وهيب الندوي ، تاريخ القانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٢.

(٨) ينظر: أ.د. ماهر علاوي الجبوري وآخرون ، حقوق الانسان والطفل والديمقراطية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة تكريت ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٢.

كما جسدت المادة /٢٧ من هذا القانون أيضا مسألة الاعتراف بالشخصية القانونية للطفل حتى ولو كان ثمرة زواج غير شرعي^(٩).

اما قانون حمورابي فقد اعترف هو الاخر بالشخصية القانونية للطفل وبحقه في الحياة والارث ، وضمن حقوق الجنين قبل الولادة وعاقب كل من يعتدي على هذا الحق ، في مواد قانونية سنوضحها لاحقا ضمن متطلبات هذه الدراسة^(١٠).

كما اهتمت الاديان السماوية الاخر كالديانة النصرانية بحقوق الطفل من حيث تدريبهم على المحبة والرفق ومعاملتهم بالحسنى ، اذا اهتم السيد المسيح (ﷺ) بالاطفال وحذر من افسادهم ، وكان يدعو الى تركهم يلتفون حوله باعتبارهم من مملكة الله ، اذ جاء في انجيل متي مجسدا هذا الاهتمام في الفصلين الثامن عشر والتاسع عشر بقوله : احذروا ان تحرقوا احد هؤلاء الاطفال .. والاكثر من هذا ان اهتمام الديانة المسيحية بالطفل لا يقتصر على ولادته حيا ، بل يتعداه الى ما قبل الولادة عندما يكون جنينا في بطن امه ، اذ له الحق في الحياة وعدم الجناية عليه والحق بالتمتع بالسلامة الجسدية أيضا، فضلا عن توفير العناية اللازمة بالمرأة الحامل من اجل تعزيز حقوق الجنين وحق الوالدين والعائلة ، كما شجبت أيضا الديانة النصرانية بشدة انتهاك حق الحياة للجنين باجهاضه وقتل الاجنة وعدته بمثابة جريمة عظمى^(١١).

اما في الشريعة الاسلامية فيعد حق الحياة في نظرها هبة الله تعالى، وهذا بالطبع ما اجمعت عليه الشرائع السماوية الأخر أيضا، فهو حق مقدس ومحترم ويجب المحافظة عليه ورعايته وعدم الاعتداء عليه، لأن حفظ النفس من مقاصد الشريعة الاسلامية وهو يعد من الضروريات والاصوليات الاساسية الجوهرية الخمسة فيها، لأنها تتعلق بوجود الانسان ومقومات حياته عموما، قال تعالى ﴿مَنْ أَجَلٍ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا

النَّاسَ جَمِيعًا ﴿٣٢﴾ ﴿١٢﴾.

(٩) للمزيد من التفصيل تنظر: المادتان /٢٤ و ٢٧ من قانون لبت عشتار السومري لدى أ.د. ماهر علاوي الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٤٤.

(١٠) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فوزي رشيد ، الشرائع العراقية القديمة ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ١٥٦.

(١١) ينظر : أ.د. ماهر علاوي الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٤٥.

(١٢) سورة المائدة آية ٣٢.

في حين ورد عن ابي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ ((ولا تحاسدوا ولا تناجسوا ولا تباغضوا ولا تدابروا ولا يبيع بعضكم على بيع بعض وكونوا عباد الله اخوانا المسلم اخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره التقوى ههنا ويشير الى صدره ثلاث مرات بحسب امرئ من الشر ان يحقر اخاه المسلم كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه))^(١٣).

فالمصالح الضرورية إذن هي التي تقوم عليها حياة الانسان الدينية والدنيوية ويتوقف عليها وجودهم الانساني في الدنيا ونجاحهم وسعادتهم في الآخرة ، واذا فقدت هذه المصالح الضرورية اختل نظام الحياة الانسانية في الدنيا وفسدت مصالح الناس وعمت فيهم الفوضى وتعرض وجودهم للخطر والدمار والضياع والانهيار وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة .

ومن هذه الضروريات حفظ النفس والمراد في حفظ النفس حفظ الانسانية وهي ذات الانسان سواء انسان كامل ام لا يزال جنينا ، وهي مقصودة بذاتها في اليجاد والتكوين وفي الحفظ والرعاية، فشرع في الاسلام لذلك وجوب الطعام والشراب واللباس والسكن ، واوجب الاسلام ايضا القصاص والدية والكفارة وحرم الاجهاض والوآد ، ثم شرع أيضا الاحكام الحاجية في ايجاد النفس وحمايتها، فطلب رعاية الحمل والجنين، تم وضع الاحكام المتعلقة بالجنين والاحكام المتعلقة به بعد الولادة من تسمية ورعاية وتأديب وتربية وتعليم في الصغر ونحوها .

وبهذا يكون للجنين حرمة ، فلا تقتل الام الحامل وان زنت واستحقت القتل بإقامة الحد حتى تضع وتكفل ولدها ، فقد قضى رسول الله ﷺ فيما رواه عمران بن حصين رضي الله عنه ((ان امرأة من جهينة اعترفت عند النبي ﷺ) بالزنى فقالت اني حبلى فدعى النبي ﷺ) وليها فقال: احسن اليها فإذا وضعت حملها فأخبرني ففعل فأمر بها فشددت عليها ثيابها ثم امر برجمها فرجمت...))^(١٤) اخرجها الامام الترمذي .

فكما شرع الاسلام الاحكام الحاجية لحفظ النفس كالدية والكفارة في قتل الخطأ، فقد شرع ايضا الاحكام التحسينية في حفظ النفس كالتماثل في قصاص النفس والعضو والجروح وعدم التمثيل بالقاتل، والاداب المتنوعة والاصولية مع الجاني في تنفيذ العقوبة، ثم ندب العفو والصفح

^(١٣) الامام ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤-٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، ط ١ ، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٦٤ (كتاب البر والصلة والاداب ، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله ، رقم الحديث ٦٥٤١) .

^(١٤) الامام ابو عيسى محمد بن سورة الترمذي (٢٩٧هـ) ، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي ، ط ١ ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٤٢ (كتاب الحدود عن رسول الله ﷺ) ، باب تربص الرجم بالحبل حتى تضع ، رقم الحديث ١٤٣٩) .

والاحسان عند المقدره^(١٥)، قال تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُنِبَ عَلَيْكُمْ اَلْقِصَاصُ فِي اَلْقَتْلِ اَلْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبَاعَهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءً إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ (١٦).

فحق الحياة إذن مكفول في الاسلام لكل انسان ، وينبغي على الافراد اولا والمجتمعات ثانيا والدول والحكومات ثالثا احترام هذا الحق وحمايته من كل اعتداء ، مع وجوب تأمين الوسائل والضمانات الكفيلة لتأمينه من طعام وشراب ومسكن ودواء ونحوها، لان حق الحياة ليس حقا لصاحبه بل في الواقع هبة من الله تعالى فهو الذي نفخ فيه الروح، ولذلك فالناس يتساوون جميعا في هذا الحق ، والروح امانة في يد صاحبها فلا يحل له الاعتداء عليها ، لذا يعد الانتحار في الاسلام أيضا جريمة شنيعة، وان مرتكبها ان استحال عقابه في الحياة الدنيا فإن اشد الائم والعقاب يلاقيه في الحياة الآخرة ، لأن الانتحار اساس اهلاك للنفس الانسانية ، وشرع لذلك القصاص في النفس والاعضاء والجروح للنفس الانسانية من جهة وابقائها على احسن صورة خلقها الله تعالى ونص القرآن الكريم على الحكمة من القصاص بقوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي اَلْقِصَاصِ حَيٰوةٌ يَتَأُوْلٰى اَلْاَلْبٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُوْنَ ﴿١٧٩﴾ (١٧).

والكلام في هذا السياق يشمل كل ما نفخ الله تعالى فيه الروح حتى الجنين في بطن أمه، فحق الحياة يعد حقا وواجبا على صاحبه او من يكفله او من تحمله في احشائها ، لذلك وجب ان يحافظ على حياته، والا يعد مهلكا لنفسه ، حتى ان الشارع الحكيم اباح اكل المحرمات في حالة الاضطرار للمحافظة على حياته بل يجب عليه ذلك من اجل المحافظة على حق الحياة ، لأن حفظ النفس تعد من الضرورات والاصوليات الاساسية كما ذكرنا ، قال تعالى ﴿اِلَّا مَنْ اُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْاِيْمٰنِ ﴿١٨﴾ (١٨).

فالميتة ونحوها من المحرمات كالخمر انما حرمت لما فيها من افساد النفوس والعقول ، ولكن اذا تعينت سبيلا لحفظ النفس ودفع الهلاك عنها كان تناولها واجبا ، لأنه ليس من حق الانسان ان يتلف نفسه او يعرضها للتلف في غير الحالات الماذون فيها شرعا ، كإباحة المحرم

(١٥) ينظر: د. محمد الزحيلي، حقوق الانسان في الاسلام، ط٢، دار الكلم الطيب للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧، ص٨٦.

(١٦) سورة البقرة آية ١٧٨.

(١٧) سورة البقرة آية ١٧٩.

(١٨) سورة النحل آية ١٠٦.

عند الضرورة لأن حفظ الحياة ضروري فأباح لذلك الشارع الحكيم اكل الميتة عند الجوع الشديد الذي يخاف تلف النفس ، وكذا الامر في شرب الخمر عند الظمأ الشديد الذي يخشى فيه الهلاك ، لأن نفس الانسان ليست ملكا له حقيقة ، وانما هي ملك خالقها الله جل وعلا وقد اودعها عند الانسان ، وليس من حق الوديع ان يتصرف في الوديعة بغير اذن مالِكها (١٩).

وفي سبيل المحافظة على النفس الانسانية اهتم الاسلام ايضا برعاية الجسم رعاية كاملة ، فدعى الى النظافة والطهارة ، وندب الى الرياضة والمبارزة والبعد عن كل ما فيه هلاك محقق للجسم او خطر محقق او ضرر منتظر ، وحرّم كل ما يضر الجسم ويوهنه او يضعفه، وأتخذ لذلك جميع الوسائل الكفيلة لحفظ الحياة وبذل الطاقة في صيانتها وسلامتها، فحرّم لذلك الميتة ولحم الخنزير والدم لضررها بالجسم وفساد تركيبها ، وحذر من الامراض وشرع التداوي والعلاج واباح الزينة والاعتدال بالطعام والشراب والانفاق ونحوها من الطيبات ، وانكر الامتناع عن الطعام والشراب زهدا وتقشفا ونهى عن التبتل في العبادة لأنه يضر الجسم ، وحرّم صوم الوصال ومنع صوم الدهر وجعل التكاليف بقدر الاستطاعة وفتح ابواب الرخص في العبادة والاحكام خشية العنت والمشقة (٢٠).

وبهذا تكمن الغاية من وجوب اعتناء الابوين بالجنين وبقائه حيا ومنع الجناية عليه او اسقاطه بأية صورة كانت، ومن ابرز مظاهر الاعتناء به هو المحافظة عليه وتغذيته، لأن هذا الحق مبني على اساس ان الجنين روح ونفس انسانية خلقها الله تعالى، فيحرم بالتالي ان يمارس ضدها أي نوع من انواع الاعتداء سواء اكان من قبل الام ام من قبل غيرها.

كما ان رغبة الام بالحمل وانجاب الاطفال لانماء الحياة واستمرار بقائها الى اجلها المحدود يعد من ضمن حقوقها ايضا، ومن اراد اعاققتها في ذلك بسفاح او اجهاض، فقد ظلمها حقها واعتدى عليها وعلى حقها المشروع (٢١).

(١٩) ينظر : د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، ط ١ ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٤١ .

(٢٠) ينظر : د. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ، ص ٨٨ .

(٢١) ينظر: د. سليمان عبد الرحمن الحقييل، حقوق الانسان في الاسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، ط ١، مطبعة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، ٢٠٠٠، ص ١٨٢. الجدير بالذكر ان جريمة الاجهاض تكون على صورتين: الاولى وهي الغالبة في الواقع تفترض اخراج الجنين من الرحم بوسيلة غير طبيعية أي نتيجة عملية غير تلقائية قبل الموعد الطبيعي لولادته وهذه الصورة تتحقق ولو خرج الجنين حيا وقابلا للحياة أي حتى وان خرج وهو يمتلك مقومات الاستمرار بالحياة، اما الصورة الثانية فتفترض قتل الجنين في رحم الام أي فعل الاسقاط والذي يؤدي الى وفاة الجنين وهوفي رحم الام، وللمزيد من التفصيل

لذلك كان من الواجب على الام الحامل العناية بنفسها في اثناء فترة الحمل محافظة على الجنين ورفقا به وذلك بتناولها الغذاء الذي تتوافر فيه العناصر اللازمة لتكوين الجنين ونموه^(٢٢)، اذ ينشأ قوي البنية ومعافى، وبهذا تتجلى القوة بمعناها المادي، كما تتجلى ايضا بمعناها المعنوي بان يكون الغذاء طاهرا مبرءاً من كل حرام ، فلا يتغذى الجنين والام الحامل الا من حلال، لان الغذاء الحاصل من حرام لا بركة فيه ويتحمل الوالدان وزر ذلك يوم القيامة، وكيف يقدم الوالد الى اطفاله وزوجته الحامل الغذاء الحرام ثم يسعى الى ان يكونوا على منهج الله وصراط رب العالمين؟! .

فالفساد لا يؤدي الا الى الفساد، والحرام لا ينتج الا سوء وضرراً واثماً مبيهاً، كما ان الحرام لا يكون وسيلة الى المقاصد النبيلة، والغاية لا تبرر الوسيلة وكل لحم نبت من السحت فالنار اولى به.

كما لا يجوز للام الحامل ان تتعاطى أي عمل او فعل او دواء يضر بصحة جنينها، ولا ايا من المحرمات كالمسكرات والمخدرات والسكائر وغيرها، لانها تعد مسؤولة عن الامانه التي تحملها في احشائها، فاذا تمرضت الام الحامل كان واجبا عليها ان تبادر الى العلاج السريع المبكر حتى لا يكون ذلك مهددا لسير الحمل .

وعلى الام ايضاً ان تتجنب الاجهاد والمواقف النفسية المؤذية وكل الوسائل التي من شأنها ان تؤدي الى الاسقاط، وذلك باتخاذها الحيطة والحذر الدائم خاصة خلال الاسابيع الاولى من الحمل، لأن الجنين حينئذ لا يكون فيها ملتصقا تماما في جدار الرحم وقد يكون معرضا الى التزعزع^(٢٣).

لذا نلاحظ ان الشارع الحكيم خفف عن الام الحامل جملة من الاحكام الشرعية رعاية لحقها ولحق جنينها ايضا، كإباحة الفطر لها في شهر رمضان المبارك ان خافت على حملها

حول الجريمة واركانها؛ ينظر: د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص ٢٦١؛ وينظر: حول انواع الاجهاض وطرق الاجهاض الجنائية: د. لويس شمعان، الطب العدلي التطبيقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١، ص ١٧٢.

(٢٢) ينظر: د. محمد بن احمد الصالح، الطفل في الشريعة الاسلامية، تعليق علي القاضي، مجلة التربية الاسلامية، ٦٤، ٣٣، شباط، ١٩٦٦، ص ٣٤٥.

(٢٣) للمزيد من التفصيل تنظر: مجلة الام والطفل، بحوث تصدرها جمعية الهلال الاحمر العراقية، ٤٠٨-٤٠٩، ٣٦، ١٩٨٢، ص ١١١.

بشرط الفدية والقضاء، وان صامت صح صومها ايضا وجعل هذا الامر متروكا لها وهي التي تقدره^(٢٤).

وبهذا يتبين لنا ان المحافظة على الجنين وحقه في الحياة، تبدأ بالتحديد من هذه المرحلة التي تنحصر بين الاخصاب والولادة، والتي تتراوح عادة بين ٢٥٠-٣٠٠ يوما متوسطها ٢٨٠ يوما في الظروف المعتادة، اذ يتظاهر مع نمو الجنين وتكوين قدراته في هذه المرحلة عدة عوامل ومؤثرات، سواء وراثية ام بيئية، فيتأثر الجنين بهذه العوامل ومنها يستمد الميول الغريزية الوراثية التي تقوم عليها حياته البدنية والعقلية والنفسية مستقبلا، وتكيف تلك القابليات حسبما توجبه المؤثرات البيئية التي يعيشها الجنين^(٢٥).

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان علماء نفس الطفل يولون اهمية كبرى لهذه المرحلة لأنها المرحلة التي يتكون فيها الفرد فعلا، ولأن المتغيرات الحادثة فيها سريعة وحازمة وذات اثر صميمي وجوهري، اذ تتحدد المعالم الوراثية وجنسه ذكرا ام انثى، فتكون عملية نمو سريعة معقدة تهدف الى تكوين كائن جديد يمر باطوار مختلفة معقدة قال تعالى ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ﴾^(٢٦) وتحققا لذلك اتفق علماء الاجنة على تقسيم هذه المراحل الى فترات ثلاث هي:

١. فترة الخلية الجرثومية وتشتمل الاسبوع الثالث الاولي وتحدث فيها عملية الاخصاب ويرث فيها الجنين الصفات .
٢. فترة الجنين الخلوي وتشمل اول الاسبوع الرابع الى نهاية الاسبوع الثامن ويتم فيها نمو سريع لكل الاجهزة .
٣. فترة الجنين وهي فترة النمو السريع في الجسم من اول الشهر الثالث حتى الولادة وفيها تتحدد المعالم الرئيسية له^(٢٧).

وعموما فإن مراحل تطور الجنين من الناحية الطبية تمر بمرحلتين أساسيتين هما^(٢٨):

^(٢٤) للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الوهاب الشعراوي، الميزان وبهامشه كتاب رحمة الامة في اختلاف الائمة لمحمد عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، ج٢، ط١، مطبعة حجازي، القاهرة، ١٩٣٦، ص١٩.

^(٢٥) ينظر: د. محي الدين هلال السرحان، التربية الاسلامية للاطفال مرحلة ما قبل الولادة، ج ٢، مجلة التربية الاسلامية، ع ٨، ١٩٦٦، ص ٤٨٩.

^(٢٦) سورة الزمر آية ٦.

^(٢٧) للمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد زكي صالح، علم النفس التربوي، ط ٥، مطبعة البيان العربي، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٥٣.

اولا : مرحلة الحمل وهي تبدأ من الاسبوع الثاني حتى الثامن ويقسم بعض المتخصصين هذه المرحلة الى ثلاثة اقسام هي : مرحلة العلق ومدتها هذه المرحلة اسبوعان فقط ، ومرحلة الكتل البدنية وهي مرحلة المضغة ومدتها عشرة ايام، تبدأ من اليوم العشرين او الواحد والعشرين وتنتهي باليوم الثلاثين، ومرحلة تكوين الاعضاء وهي الفترة الحرجة بالنسبة للجينات لقابليتها الشدية بعوامل البيئة خلال هذه الفترة ، وتبدأ من الاسبوع الرابع وتنتهي في الاسبوع الثامن ، وبانتهاء هذه المرحلة في نهاية الاسبوع الثامن تكاد تكون الاعضاء الداخلية كلها قد اتخذت مواضعها وان بدت في شكل اولي .

ثانيا : مرحلة الجنين اذا ما انتهت مرحلة تكوين الاعضاء فإن مرحلة المضغة تكون قد انتهت لتبدأ مرحلة اخرى هي مرحلة الجنين ، وهي تبدأ مع بداية الشهر الثالث وتنتهي بالولادة، ولا يكون في هذه المرحلة الا تخليق يسير وينمو فيها الجنين ويتطور تطورا سريعا متصلا يأخذ شكله الانساني الذي يولد به .

وقد بين القرآن الكريم وأكد على ان حياة الجنين تمر باطوار متعددة وهو في بطن امه، وفي ذلك يقول الله تعالى على لسان سيدنا نوح عليه السلام ﴿ مَا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَارًا ﴿١٣﴾ وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَارًا ﴿١٤﴾ ﴾ (٢٩) ، وقد حدد القرآن الكريم أيضا هذه الاطوار قال تعالى ﴿ وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أُنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾ ﴾ (٣٠) ، كما اكد القرآن الكريم على ذلك في آية اخرى فقال تعالى ﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَعَجْرٍ مُخَلَّقَةٍ لِّنَبِّئَنَّ لَكُمْ وَنَقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ

(٢٨) ينظر : د. شوقي زكريا الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٦.

(٢٩) سورة نوح الايات ١٣-١٤ .

(٣٠) سورة المؤمنون الايات ١٢-١٤ .

نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ﴿٣١﴾ وقال تعالى ايضا ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ، وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ ﴿٧﴾ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ ﴿٨﴾ ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُّوحِهِ ﴿٣٢﴾ .

وتحقيقا لهذه الايات الكريمات فقد انتهى الفقهاء المسلمون الى ان التقسيم القرآني لنمو الجنين في بطن امه تتلخص في سبعة مراحل هي : النطفة - العلقة - المضغة - العظام - لحم يكسو العظم - التسوية والتعديل - نفخ الروح، ويمكن اختزال هذه المراحل السبع في ثلاث مراحل أساسية هي (٣٣):

١- مرحلة النطفة والعلقة: وهي ثلاث انواع نطفة مذكرة ونطفة مؤنثة ونطفة امشاج او البويضة الملقحة وهي الناتجة عن التحام حيمن منوي ببويضة للانثى، ومنذ اللحظة الاولى تبدأ النطفة الامشاج بالعمل الجاد، فتبدأ بالانقسام حيث تصبح الخلية خليتين والاثنتين تنقسم الى اربعة وهكذا حتى تتحول البويضة الى ما يشبه ثمرة التوت، حيث تتعلق بجدار الرحم الذي يكون قد استعد لاستقبالها بجعل جداره ملء بالاووعية الدموية حتى يغذيها وينميها وحينئذ تتحول الى علقة .

٢- مرحلة التصوير والتسوية والتعديل : ولا تبدأ هذه المرحلة الا بعد وضع الاسس واطهار الاعضاء في الفترة من الاسبوع الرابع الى الثامن، حتى تكتمل الكتل البدنية في النمو والتشكيل الى ان تصل الى هذه المرحلة حيث يظهر على الجنين داخل الرحم علامات مميزة له، فيستطيع الناظر اليه ان يصفه بأنه ادمي ، قال تعالى ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ ﴿٣٤﴾ وقال تعالى ايضا ﴿يَتَأْتِيهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ رَبِّكَ الْكَرِيمِ ﴿٦﴾ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ ﴿٧﴾ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴿٨﴾ ﴿٣٥﴾ .

٣- مرحلة نفخ الروح : وهي المرحلة التي ينفخ فيها الروح للجنين قال تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴿٨٥﴾ ﴿٣٦﴾ وقال تعالى ﴿

(٣١) سورة الحج آية ٥ .

(٣٢) سورة السجدة الايات ٧-٩ .

(٣٣) للمزيد من التفصيل ينظر : د. شوقي زكريا الصالحي ، التلقيح الصناعي ، مرجع سابق ، ص ٩ .

(٣٤) سورة آل عمران آية ٦ .

(٣٥) سورة الانفطار الايات ٦-٨ .

(٣٦) سورة الاسراء آية ٨٥ .

الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ، وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ ﴿٧﴾ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلالَةٍ مِّنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ ﴿٨﴾ ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُّوحِهِ ﴿٣٧﴾ وَقَالَ تَعَالَى أَيْضًا ﴿٣٨﴾ فَإِذَا سَوَّاهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُّوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ ﴿٧٢﴾ ﴿٣٨﴾.

وقد وضع لنا الرسول الكريم (ﷺ) متى ينفخ الروح في الجنين في بطن امه في الحديث الشريف الذي رواه ابن مسعود (رضي الله عنه) عن رسول الله (ﷺ) انه قال ((ان احدكم يجمع في بطن امه اربعين يوما نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع كلمات ويقال له اكتب عمله ورزقه واجله وشقي او سعيد ثم ينفخ فيه الروح ..))^(٣٩) اخرجه الشيخان .

وبهذا الشكل يبدأ الجنين في بطن امه بالتحرك حركات ارادية في نهاية الشهر الثالث ويتقلب في رحم الام ، ينام ويصحو ويسمع الاصوات ، اذ يكتمل او يتحدد وجهه الشكل الانساني المميز ويظهر عليه السمات الانسانية، وهو بهذا يكتمل النمو تقريبا في نهاية الشهر الثالث ، وتلك الحركات الارادية ما هي الا دليلا على نفخ الروح فيه ^(٤٠).

وهكذا فإن حياة الجنين مفروضة من الله تعالى المحيي والمميت، ويقع على عاتق الوالدين واجب حمايتها، لأن الحياة ليست ملكا لصاحبها او لغيره فهو لم يمنحها، ولهذا فإن حياة الجنين ليست ملكا له او لوالديه، لأنهما ليسا اكثر من وسيلة طبيعية سخرها الله تعالى لنقل الحياة اليه، كما انها ليست ملكا للمجتمع يتصرف بها، بل ان من واجبات هذا المجتمع ان يحميها ويصونها بكل الوسائل المتاحة له،^(٤١) حتى ولو كان الطفل معوقا أو مشوها ، إذ أن الشفقة والرحمة على الطفل المعوق أو المشوه لا تكون بالقتل، وإنما ببذل المزيد من الرعاية والحب والتضحية للذين شاءت قدره الله ومشيتته على إكرامهم بعله من العلل، فمن حقهم أن يجدوا الرعاية والأمان

^(٣٧) سورة السجدة الايات ٧-٩ .

^(٣٨) سورة ص الآية ٧٢ .

^(٣٩) الامام ابو عبد الله محمد بن اسماعيل الجعفي البخاري ، (١٩٤ - ٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري ، ط ١ ، تحقيق وتخريج احمد زهوه واحمد عنايه ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٥٤ (كتاب بدء الخلق ، باب ذكر الملائكة صلوات الله عليهم، رقم الحديث ٣٢٠٨)؛ وينظر : صحيح مسلم، مرجع سابق، ص ١٠٩٠ (كتاب القدر ، باب كيفية خلق الادمي في بطن امه وكتابة رزقه واجله وعمله وشقائه وسعادته ، رقم الحديث ٦٧٢٣) واللفظ للامام البخاري .

^(٤٠) ينظر : د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

^(٤١) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عماد الدين خليل وموفق سالم نوري، مدخل الى الثقافة الاسلامية، دار ابن

الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص ٢٤٨ .

والاطمئنان حتى ولو كانوا معاقين أو لا يرجى برءهم، لأن أحكام الشريعة الإسلامية قطعية في هذا المجال ، فلا تمييز بين ما يسمى الآن بقتل الرحمة والقتل الآخر^(٤٢)، إذ وردت أحكام قطعية في الكتاب والسنة لا يمكن الخروج عليها أو تعديلها، نكتفي منها بقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٤٣) وقوله تعالى أيضا : ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾^(٤٤).

كما أكد الرسول (ﷺ) في خطبة الوداع فيما رواه ابن عباس (رضي الله عنه) ان الرسول (ﷺ) قال: ((..فإن دماءكم واموالكم واعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا..))^(٤٥) أخرجه الامام البخاري .

وعلى ضوء تلك الاحكام الشرعية وتحقيقا لمعنى الرافة ، ينبغي على الوالدين ان يحافظا على حياة طفلهما بكل ما اوتيا من علم واجتهاد وجدد ، وليس من حقهما ابدا ان ينهيا حياته، لان للنفس الانسانية في الاسلام حرمة منذ تخلقها في الرحم .

^(٤٢) في هذا الصدد ينبغي الإشارة الى مسألة مهمة استجدت في الحقل الطبي في السنوات الاخيرة وهي قتل الرحمة ، وهي انتهاء حياة مريض بباعث الشفقة، وقد شاعت في حياتنا العملية الكثير من حالات هذا القتل وبشتى الطرق ، فهو فعل ايجابي أو سلبي ينهي الأم نفس لا يرجى شفاؤها بالقضاء عليها رحمة بها، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. سليم ابراهيم حريه، القتل بدافع الرحمة، مجلة القانون المقارن، بغداد، ع ١٨ ، ١٩٨٦، ص ١٢١ .

^(٤٣) سورة الانعام الآية ١٥١ .

^(٤٤) سورة الانعام الآية ١٤٠ .

^(٤٥) صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ (كتاب الحج، باب الخطبة في منى، رقم الحديث ١٧٣٩) .

المبحث الثاني

ماهية حق الجنين في الحياة في القوانين والاتفاقيات الدولية

أبدت القوانين الوضعية عموماً على الصعيد الخارجي الدولي والمتمثلة في الاتفاقيات والاعلانات العالمية والمواثيق الدولية اهتماماً بالغاً بالطفل منذ تخلقه إلى حين ولادته ، إلا أن بعضها اقتصر على حقوق الطفل بعد ولادته ، وبعضها الآخر نص على حقوق الجنين قبل ولادته أيضاً .

فعلى الصعيد الدولي كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من كانون الأول من عام ١٩٤٨ من أبرزها، الذي تضمن ديباجة وثلاثون مادة قانونية، فقد نص في المادة / ١٦ منه على فقرات ثلاث اعتبر فيها الأسرة هي أساس المجتمع وأناط بها سائر المسؤوليات العائلية إذ نصت على أن « ١- الرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس الأسرة دون قيد بسبب الجنس أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج واثناء قيامه وعند انحلاله... » وهذا النص يحتاج إلى بعض القيود الشرعية كالاختلاف في الدين، فيعد صحيحاً في الإسلام إذا تزوج الرجل المسلم من المسلمة ومن أهل الكتاب فقط ، في حين يصح زواج المسلمة من المسلم فقط ولا يصح من غيره ، كما أن الحقوق الزوجية متساوية عند الزواج والطلاق ولكن بتفصيل شرعي خاص .

في حين تعرضت المادة / ٢٥ - ٢ منه بشكل صريح لحقوق الطفل في الحماية والرعاية والمساعدة ، حينما نصت في بندها الثاني على أنه "للامومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي أو بطريقة غير شرعية " وبهذا يكون أهم ما حققه الإعلان هو إقرار المساواة في الحقوق بين الأطفال المولودين في إطار الزواج وبين المولودين خارج هذا الإطار، والفقرة الأخيرة جاءت لمعالجة المأساة الإنسانية التي يعيشها الأطفال في الدول الغربية من كثرة اللقطاء وأولاد الزنا حتى وصلت إحصائيات أولاد الزنا في ألمانيا وفرنسا وإنكلترا وأمريكا إلى ٣٥% وتصل في بعض المدن الأمريكية إلى ٥٠%^(٤٦).

(٤٦) للمزيد من التفصيل ينظر : د. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨.

كما انه بعد ثماني عشرة سنة من اعتماد الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام ١٩٤٨ ، اعتمدت الجمعية العامة للامم المتحدة عهدين دوليين (٤٧) :

اولهما : هو العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر في ١٦/١٢/١٩٦٦ واصبح نافذا في ٣/١١/١٩٧٦ طبقا لاحكام المادة ٢٧ منه ، وقد اعتمدت الجمعية العامة للامم المتحدة هذا العهد بقرارها ذي العدد ٢٢٠٠ المؤرخ في ١٦/١٢/١٩٦٦ .

وثانيهما: هو العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والصادر ايضا في ١٦/١٢/١٩٦٦ واصبح نافذا في ٢٣/٣/١٩٧٦ طبقا للمادة ٤٩ منه ، وقد اعتمدت الجمعية العامة للامم المتحدة هذا العهد بقرارها ذي العدد ٢٢٠٠ المؤرخ في ١٦/١٢/١٩٦٦ .

وبقدر تعلق الامر بحقوق الجنين والطفل التي تناولها العهدين المذكورين انفا فقد تضمنت المادة /١٠-٣ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ما يأتي : "وجوب اتخاذ اجراءات خاصة لحماية ومساعدة جميع الاطفال والاشخاص الصغار دون أي تمييز لاسباب ابوية او غيرها ، ويجب حماية الاطفال والاشخاص الصغار من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي ويجب فرض العقوبات القانونية على من يقوم باستخدامهم في اعمال تلحق الاضرار باخلاقهم او بصحتهم او تشكل خطرا على حياتهم او يكون من شأنها اعاقبة نموهم الطبيعي وعلى الدول كذلك ان تضع حدود للسن بحيث يحرم استخدام العمال من الاطفال بأجر ويعاقب عليه قانونا اذا كانوا دون السن" .

وبهذا فقد نص العهد الدولي على وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لجميع الاطفال والمراهقين دون أي تمييز بسبب النسب او غيره من الظروف والاضاع ، ووجوب حماية الاطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي مع ضرورة ان يعاقب القانون على استخدامهم في أي عمل يفسد اخلاقهم او يضر بصحتهم او يهدد حياتهم او يلحق الاذى بنموهم الطبيعي ، وعلى الدول ايضا تحديد سن ادنى يحظر القانون تجاوزها في عملية استخدام الصغار ، مع ضرورة ان يعاقب القانون على هذا التجاوز .

(٤٧) الجدير بالذكر ان العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، مضافا اليها بروتوكولا اختياريا الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، فضلا عن المصدر الرئيسي لافكار حقوق الانسان عموما في العالم والمتمثل بالاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ ، تؤلف هذه الوثائق ما يعرف اليوم بالشرعية الدولية لحقوق الانسان التي تعد من المصادر الدولية لحقوق الانسان ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. فيصل شطناوي، حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني، ط٢، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص١١٨ .

وعلى غرار هذا العهد تطرق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الى حقوق الاطفال بشكل مباشر وصريح، إذ حظر العهد المذكور فرض عقوبة الاعدام على الجرائم التي يرتكبها اشخاص دون الثامنة عشرة من العمر وكذلك على النساء الحوامل في المادة/٦-٥ منه^(٤٨).

اما الاعلان الاسلامي لحقوق الانسان لسنة ١٩٨١^(٤٩)، فقد نظم بعض احكام الاسرة والزواج باختصار شديد في المادة / ٥ منه في فقرتين هي "١- الاسرة هي الاساس في بناء المجتمع والزواج واسباس تكوينها وللرجال وللنساء الحق في الزواج ولا تحول دون تمتعهم بهذا الحق قيود منشؤها العرق او اللون او الجنسية، ٢- على المجتمع ازالة العوائق امام الزواج وتيسير سبله وحماية الاسرة ورعايتها".

كما نص الاعلان الاسلامي ايضا بشكل ضمني على وجوب حماية الجنين اذ نصت المادة / ٢ منه على انه "أ- الحياة هبة الله وهي مكفولة لكل انسان وعلى الافراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه ولا يجوز ازهاق روح دون مقتضى شرعي ب- يحرم اللجوء الى وسائل تفضي الى افناء النوع البشري ج- المحافظة على استمرار الحياة البشرية ما شاء الله واجب شرعي ..".

في حين نصت المادة / ٧ منه على انه " أ- لكل طفل منذ ولادته حق على الابوين والمجتمع والدولة في الحضانة والتربية والرعاية المادية والعلمية والادبية كما تجب حماية الجنين والام اعطاؤهما عناية خاصة ب- للابوين على الابناء حقوقهما .. "

كما يعد اعلان جنيف الخاص بحقوق الطفل لعام ١٩٢٤ الصادر من عصبة الامم ، بحق الخطوة الدولية الاولى في مجال حماية الاطفال ، الا انه لم يكن ملزما للدول فهو من قبيل التوصيات التي لا تتمتع الا بقيمة معنوية او ادبية ، وبعد ان تبنته الجمعية العامة لعصبة الامم اصبح له بعدا سياسيا والتزمت الدول بمضمونه ، وقد ادى هذا الاعلان الى اعتماد منظمة الامم المتحدة ما سمي باعلان الامم المتحدة لحقوق الطفل لعام ١٩٥٩ ، وذلك بعد خمسة وثلاثون عاما من العمل المستمر والدؤوب .^(٥٠)

(٤٨) للمزيد من التفاصيل ينظر : د. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩ ؛ ود. ماهر علاوي الجبوري واخرون ، مرجع سابق ص ١٧٣.

(٤٩) تجدر الاشارة الى ان الاعلان الاسلامي لحقوق الانسان صدر في التاسع من ايلول عام ١٩٨١ في جلسة اليونسكو وبمبادرة من المجلس الاسلامي ومنظمة المؤتمر الاسلامي، تضمنت ديباجة خمسة وعشرين مادة، تناولت جوانب مختلفة من حقوق الانسان وحياته، للمزيد من التفصيل ينظر: د. ماهر علاوي الجبوري واخرون ، مرجع سابق ، ص ٣٣.

(٥٠) ينظر : د. غسان خليل، حقوق الطفل، مرجع سابق، ص ٢٤.

اذ اصدرت الجمعية العامة للامم المتحدة اعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩ مؤلفا من عشرة بنود لم يرد فيها شيء عن حقوق الطفل قبل الولادة وحقوق الجنين الا في البند /٤ اذ نصت على انه " ٤ - حقه في الضمان الاجتماعي والصحي والعناية والوقاية الخاصة له ولأمه قبل الولادة وبعدها وحقه في التغذية الكافية وفي السكن والرياضة " .

كما نص البند /٦ منه على انه "حاجة الطفل للمحبة والتفهم للتنمية الكاملة المناسبة لشخصيته وحقه في النمو تحت رعاية والديه وتأمين العطف والطمأنينة الادبية والمادية وعدم حرمانه من حضانه امه والتاكيد على واجب الدولة في تأمين اعالة الاطفال واليتامى والفقراء مع مساعدة العائلات المحتاجة" .

وقد استهل اعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩ بتوصيات عديدة فقد اوصى الوالدين فيها والرجال والنساء افرادا وهيئات طوعية وسلطات محلية وحكومية للاعتراف بحقوق الطفل ، وتذكيرا بهذا الاعلان وباهمية حقوق الطفل والعناية بها فقد اعتبرت الامم المتحدة سنة ١٩٧٩ سنة الطفل العالمية لتأمين الرعاية الكافية لحقوق الطفل وضمان التنفيذ العملي لهذه المبادئ والحقوق والقيم والشعارات وخصصت الامم المتحدة يوما عالميا للطفل^(٥١).

وبهذا تمخضت جهود المجتمع الدولي عن ولادة اتفاقية دولية جديدة تعنى بحقوق الاطفال ، وضرورة توفير عناية خاصة لهم في حالتي الحرب والسلم على السواء ، تلك هي الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام ١٩٨٩ ، التي تم اعتمادها بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة المرقم ٢٥/٤٤ في ١١/٢٠/١٩٨٩ ، ودخلت حيز التنفيذ في ايلول من عام ١٩٩٠ ، والتي تتالف من ديباجة واربعة وخمسون مادة قانونية موزعة على ثلاثة اجزاء ، وتم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للامم المتحدة بالاجماع^(٥٢).

وهكذا اثمرت المحاولات العديدة لوضع قواعد دولية تحمي حقوق الطفل منذ ولادة اعلان جنيف الخاص بحقوق الطفل لعام ١٩٢٤ ، وتلته عدة خطوات في هذا المجال تمخضت اخيرا عن ابرام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام ١٩٨٩ .

اما في مجال الاتفاقيات الدولية والاقليمية الاخر ، فقد تم ولادة اعلان اتحاد غوث الاطفال لحقوق الطفل عام ١٩٢٣ ، وحظي بموافقة الجمعية العامة للاتحاد الدولي لغوث الاطفال ، وتضمن الاعلان المذكور خمسة بنود ، نص البند الاول منه على وجوب تأمين الوسائل الضرورية كافة للنمو الطبيعي للطفل ماديا وروحيا ، ثم توالت الاعلانات والاتفاقيات

(٥١) للمزيد من التفصيل ينظر : د. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ، ص ٢٦١ .

(٥٢) ينظر : د. ماهر صالح علاوي الجبوري وآخرون ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ .

التي عنيت بحقوق الطفل ، حيث ابرمت اتفاقية منظمة العمل الدولية في عام ١٩٣٠ المعروفة باتفاقية السخرة ، ودخلت حيز التنفيذ في الاول من ايار عام ١٩٣٢ وفقا لاحكام المادة الثامنة والعشرين منها ، وقد اعتمدت من المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية . (٥٣)

ومن الاتفاقيات الدولية الاخر التي اولت الاطفال اهتماما بالغاً ، هي اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقب عليها لعام ١٩٤٨ ، وتعد هذه الاتفاقية جزءاً من القانون الدولي لحقوق الانسان ومن القانون الدولي الانساني ايضا ، ودخلت حيز التنفيذ في الثاني عشر من كانون الثاني من عام ١٩٥١ ، وتم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ، وتتمتع بقوة قانونية ملزمة تفوق قوة الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ ، وذلك وفقا لاحكام المادة الثالثة عشر من الاتفاقية المذكورة، اذ اعتبرت الاتفاقية الابادة الجماعية بمثابة جريمة بمقتضى القانون الدولي تتعهد الدول الاطراف بمنعها والعقاب عليها ، وفقا لاحكام المادة الاولى من اتفاقية جريمة الابادة الجماعية والمعاقب عليها لعام ١٩٤٨ . (٥٤)

وبهذا يتضح لنا مما سبق ان بعض الاتفاقيات والاعلانات الدولية قد صرحت بحق الجنين بصورة واضحة ، وبعضها الاخر لم تصرح بذلك الا بصورة ضمنية ، في حين كان تأكيد البعض الاخر على الطفل بعد ولادته دون التطرق الى حقوقه قبل الولادة ، وهذه كانت السمي الغالبة عليها ، لذا ندعو الى ايراد نصوص صريحة وواضحة في الاتفاقيات الدولية تؤكد على حقوق الجنين من اجل ضمان الحماية لها وعدم انتهاكها ، خصوصا ان العالم قد شهد في القرن الماضي والحاضر مجازر بشعة وخاصة اثناء المنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية ، اذ راح ضحيتها عشرات الالاف من الاطفال والنساء الحوامل والمدنيين العزل، ومنها ما ارتكب في صرب البوسنة ضد المسلمات، فقد كان في معسكر - اومارسكا - ثلاثة الاف مسلمة وكروات البوسنة تم الاعتداء عليهن وقتلهن في عام ١٩٩٢ ، اما في العراق فإن ما ارتكبه قوات الاحتلال الامريكي من جرائم مروعة ضد النساء الحوامل والاطفال هي في حقيقتها جرائم حرب ، وجرائم ضد الانسانية ، فما يتعرض له الاطفال والفتيات والنساء من انتهاكات على ايدي القوات الامريكية من جرائم عنف واغتصاب وقتل منذ عام الغزو ٢٠٠٣ ، اذ ذكرت منظمة العفو الدولية ان فتاة عراقية عمرها ستة عشر عاما تعرضت الى اغتصاب امام والدها الذي كان ضابطا في الجيش العراقي السابق، واشارت الى اغتصاب عدة فتيات اثناء الاجتياح الامريكي لمدينة حديثة ، كما تحدثت تقارير دولية عن تعرض اكثر من ٤٠٠ امرأة عراقية للخطف والاغتصاب ، واتهمت ايضا لجنة حقوق الانسان التابعة للأمم المتحدة القوات الامريكية

(٥٣) ينظر : د. ماهر صالح علاوي الجبوري وآخرون ، مرجع سابق، ص ١٦٧ .

(٥٤) ينظر : المرجع السابق ، ص ١٧١ .

والبريطانية باغتصاب العشرات من النساء الحوامل والاطفال ، اذ سجلت المنظمة العربية لحقوق الانسان عن ٥٧ حالة اغتصاب لنساء بالغات و ٢٧ حالة اغتصاب لاطفال منها ١١ حالة على ايدي القوات البريطانية و ٣ حالات على ايدي القوات الدانماركية، وأشارت كذلك الى احدى المعتقلات التي اغتصبها الحراس ستة عشر مرة امام مرأى الامريكان ، كما ذكرت ممثلة اتحاد الاسرى والسجناء العراقيين في حوار على هامش مؤتمر منظمة اللجنة العالمية المناهضة للعزل بالتعاون مع جامعة بروكسل الحرة بعنوان ارهاب الحرب الامريكية على الارهاب بأن عدد السجناء العراقيين يصل الى ٤٠٠ الف سجين منهم ٦٥٠٠ طفل و ١٠ الاف امرأة تم اغتصاب ٩٥% منهن وان ٥% هددوا بالاغتصاب ، ونشر ايضا مجلس العلاقات الاسلامية في امريكا اعترافا لجندي امريكي اغتصب قاصرات عراقيات وسماه الاغتصاب الديمقراطي ذكر فيه ان الرئيس بوش سمح لجنوده ان يغتصبون عدد من النساء العراقيات (٥٥).

وفي هذا الصدد فإن القانون الدولي الانساني يحظر ممارسة العنف ازاء حياة الاطفال والنساء ، فقد ضمنت المادة /٧٥ ف ١ ، ٢ من البروتوكول الاضافي الاول لسنة ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٧٧ المعاملة الانسانية لجميع الاشخاص المدنيين ، وبشكل خاص النساء الحوامل والاطفال والخاضعين لسيطرة احد اطراف النزاع، من خلال تحريم ممارسة العنف والقتل ، هذا من جهة ومن جهة اخرى نرى ان نص المادة جاء موضحا لصور العنف الذي يتعرض له المدنيين في ظل المنازعات المسلحة بضمنهم النساء الحوامل والاطفال ، فهي تعد جرائم ضد الانسانية من وجهة نظر القانون الدولي ، وهي التي تضم على وجه الخصوص الاعمال التي جاء ذكرها في نص المادة /٧ من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية

(٥٥) ينبغي التنويه الى ان مجزرة حديثة التي وقعت في ١٩ كانون الاول ٢٠٠٥ التي كشفت فصولها الدامية مجلة التايم الامريكية في تاريخ ١٩ اذار ٢٠٠٥ أي بعد اربعة اشهر من وقوعها ، حيث قتل ٢٤ مدنيا عراقيا بينهم ٦ نساء و ٧ اطفال بضمنهم طفل في شهره الثامن على ايدي عناصر من مشاة البحرية الامريكية المارينز ، ينتمون الى الكتيبة الثالثة من الفرقة الاولى ، ومجزرة اخرى في الاسحاقي حيث قتل الجنود الامريكان ١١ مدنيا نصفهم من الاطفال العزل ، وجريمة المحمودية في مارس ٢٠٠٦ التي تم اغتصاب الطفلة عبير الجنابي ١٤ سنة وقتلها مع افراد عائلتها في منازلهم وحرقة بمن فيه من قبل اربعة جنود امريكان هم جيمس باركر والعريف بول كورتيز وستيفن غرين واخر ، في حين تشير الاحصائيات الواردة خلال الحرب العالمية الثانية (١٩٣٩ - ١٩٤٥) انه بين ١٠٠٠٠٠ - ٢٠٠٠٠٠ امرأة كورية اغتصبت من قبل الجنود اليابانيين ، والاف الفرنسيات اغتصبن من قبل الجيش الالمانى والنساء الالمانيات اغتصبن من قبل الجيش الفرنسي ، اما في الحرب البنكلاديشية اغتصبت ٢٠٠٠٠٠ امرأة عام ١٩٧١ ، وللمزيد من التفصيل تنتظر : سهى حميد سليم ، جرائم العنف المرتكبة ضد النساء اثناء المنازعات المسلحة، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٢، ع ٤٥٤، س ١٥، ايلول ، ٢٠١٠ ، ص ٢٧٤ - ٢٧٧.

المنشأة بموجب اتفاقية روما لعام ١٩٤٨ ، والمرتكبة في اطار هجوم شامل او جزئي ضد السكان المدنيين، وهذه الجرائم هي القتل والابادة والاستعباد والتهجير القسري والسجن والحرمان من الحرية الجسدية ومخالفة لقواعد القانون الدولي والتعذيب والاعتداء الجنسي والارغام على البغاء والحمل او الحمل القسري واي شكل آخر من الاعتداء والعنف الجنسي والاضطهاد لاسباب عرقية او دينية غير مقبولة في القانون الدولي^(٥٦).

(٥٦) للمزيد من التفصيل تنظر : سهى حميد سليم ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨-٢٧٤ .

المبحث الثالث

العقوبات المترتبة على انتهاك حق الجنين في الحياة

بداية لابد ان نعرج على العقوبات المترتبة على انتهاك حق الجنين في الحياة في الاسلام ثم بعد ذلك نتناول العقوبات المترتبة على انتهاك هذا الحق في القوانين الوضعية. فقد حرمت الشريعة الاسلامية قتل النفس عموما الا بالحق ، وحرمت ايضا قتل الجنين في بطن امه خصوصا ، اذ اتفقت مذاهب الفقه الاسلامي على منع الاجهاض لانه يعد قتلًا لنفس بريئة وازهاق روح هي امانة ووديعة اودعها الله الخالق في الانسان ، لذا فقد رتب الشارع الحكيم جملة عقوبات على عملية اجهاض الجنين متمثلة بالدية والكفارة فضلا عن العقوبة الاخرى نوجزها على النحو الاتي^(٥٧):

- ١- الدية في حالة نزوله حيا وعقوبة مالية في حالة نزوله ميتا، ولا فرق بين ان يكون المسقط للحمل الام نفسها او شخصا اخر.
- ٢- الكفارة وهي عقوبة اخرى وجبت للجناية على الجنين ، سواء كان الجاني امه ام غيرها وسواء سقط حيا او ميتا على تفاصيل عديدة في المذاهب الاسلامية.
- ٣- الحرمان من الميراث فكل من اسقط جنينا فإنه يمنع من ان يرث منه ، لانه يعد قاتلا له ولا حق للقائل في الميراث.
- ٤- العقوبة الاخرى التي رتبها الله تعالى على من قتل نفسا بغير حق.

وهكذا فقد ضمن الاسلام لهذا المخلوق الصغير حق الحياة وجعل الاعتداء على حياته وقتله بالاجهاض أو بغيرها جريمة تستوجب العقوبة،^(٥٨) وتسمى الجناية على الجنين عند الفقهاء الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه ، فالجنين نفس من وجه كونه ادميا ، وليس نفسا لانه لا يزال جزء من امه لم ينفصل عنها، ولهذا سمي جنينا لاجتنائه أي استتاره، فاذا

^(٥٧) في هذا المجال ينبغي الإشارة الى ان المقصود بالدية عوض مالي محدد المقدار يسلم الى اهل القتيل ويجب مبدئيا على القاتل، ولكن تتحمله في معظم الاحوال العاقلة التي تتألف من اقاربه من ناحية الذكور، اما الكفارة فيتحملها دائما القاتل وحده وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة، اما الحنفية والمالكية فلا تجب الكفارة بحسب رايهم بل هي مستحبة ، وهي تتمثل في تحرير رقبة مؤمنة أي في عتق رقيق مؤمن أو صيام شهرين متتابعين، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، القسم الثاني، ج ٢ ، ط ٢، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٣٠١.

^(٥٨) للمزيد من التفصيل حول دية الجنين ينظر: الامام أبو داؤد سليمان الاشعث السجستاني الأزدي (٢٠٢- ٢٧٥هـ)، سنن ابي داؤد، ج ٤ ، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٨٩ (كتاب الديات، باب دية الجنين) ؛ وينظر ايضا: د. احمد فتحي بهنسي، الدية في الشريعة الاسلامية، ط ٤ ، مطبعة الشروق، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٠٠.

انفصل الجنين عن امه بجناية عليها وجب على الجاني غرة عبد او أمة^(٥٩) قيمتها عند الجمهور غير المالكية تقدر بنصف دية الرجل او عشر دية المرأة وهي خمسة من الابل او مائة شاه او خمسون ديناراً او خمسمائة درهم ، سواء كان ذكراً ام انثى ، وسواء تم خلقه ام لم يتم اذا خرج من بطن امه ميتاً وكان مضغاً او كاملاً، وبهذا اجمع اهل العلم على ان في الجنين غره، وان المرأة إذا طرحت اجنة من ضربه ففي كل جنين غرة^(٦٠).

اما ان كان علقه أي دماً مجتمعاً بحيث اذا صب عليه الماء الحار يذوب فليس فيه شيء عند المالكية ، ولكن اذا خرج الجنين حياً ثم مات ففيه عند الحنفية والشافعية والحنابلة الدية كاملة مائة من الابل للذكر وخمسون للانثى ، وتعرف الحياة عادة بالعطاس او التنفس او الصياح او الحركة ونحو ذلك ، هذا في جنين المسلمة ، اما في جنين الذمية فأجمع اهل العلم ان في جنين اليهودية والنصرانية عشر دية امه^(٦١)، فقال ابو حنيفة ومالك والشافعي فيه عشر دية أمة ، لكن ابو حنيفة على اصله في ان دية الذمي دية المسلم ، ومالك على اصله في ان دية الذمي نصف دية المسلم ، والشافعي على اصله في ان دية الذمي ثلث دية المسلم ، وتجب دية الجنين بالاتفاق لورثته توزع عليهم بحسب الفرائض الشرعية، وحكمها حكم الدية في كونها موروثه، اما الكفارة فتستحب عند المالكية في قتل الجنين ولا تجب لانه متردد بين الخطأ والعمد ، في حين لا كفارة عند ابو حنيفة ، لان القتل غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب فيه عنده

(٥٩) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الله محمد الجبوري ، فقه المعاملات والجنايات ، القسم الثاني في الجنايات ، ط ١ ، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ١٩٥ . وفي هذا المضممار فان غرة كل شيء اوله واكرمه ، وقيل انما سمي ما يجب في الجنين غره لأن اول مقدر ظهر في باب الدية ، ولهذا سمي اول الشهر غره والغره العبد والامه؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مرجع سابق ، ص ٤٧١ .

(٦٠) ينظر : الامام ابي بكر محمد بن ابراهيم ابن المنذر النيسابوري (٣١٨هـ)، الاجماع، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٧٥. وفي هذا المضممار تجدر الاشارة الى ان هذه النسبة المئوية اعتمدها بعض التشريعات الجنائية الوضعية كقانون الجرائم والعقوبات اليمني اذ نصت المادة ٢٣٩/ منه على انه "كل من اجهض عمدا امرأة دون رضاها يعاقب بدية الجنين غرة هي نصف عشر الدية ... " ، كما نصت المادة ٢٤٠/ منه ايضا على انه "اذا تم الاجهاض برضاء المرأة يعاقب الفاعل بدية الجنين غرة او الدية كاملة حسب الاحوال ولا تستحق المرأة في هذه الحالة شيئاً من الغره او الدية واذا ماتت الام عوقب الفاعل بدفع دية الخطأ وفي حالة اجهاض المرأة نفسها فعليها الدية او الغرة حسب الاحوال .." كما اعتمدها ايضا الفقرة (٢) من الجدول الثاني الملحق بالقانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ بقولها "تكون دية الجنين اذا سقط ميتا الغرة نصف عشر".

(٦١) ينظر : الامام ابن المنذر النيسابوري ، مرجع سابق ، ص ٧٥.

ايضا ، بينما اوجب الشافعية والحنابلة الكفارة في قتل الجنين سواء القته امه حيا ام ميتا لانه نفس مضمونه^(٦٢) .

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو ، متى تبدأ بالتحديد الحياة في الجنين ؟ ... لقد اثبتت البحوث العلمية لعلم التشريح وعلم الاجنة بواسطة الاختراعات الحديثة ، بان الحياة تبدأ من لحظة تلقيح البيضة بالسائل المنوي ، مما جعل هناك من يحكم بالتساوي في حرمة الجنين سواء كان قبل نفخ الروح ام بعد النفخ، ولكن لا بد ان نفرق بين حقيقة الحياة قبل نفخ الروح وبعد النفخ ، اذ ان الحياة التي قبل نفخ الروح ليست من جنس الحياة المستقرة التي تكون فيه الحركة الارادية، بل هي من الحياة التي تكون فيه الحركة الطبيعية، وهذه الحياة ليست في الجنين فحسب بل هي ايضا في السائل المنوي والبيضة^(٦٣)، فقد قال تعالى في كتابة العزيز

﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ رُأْبٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا شُيُوخًا وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّى مِنْ قَبْلٍ وَلِنَبْلُغُوا أَجَلًا مُّسَمًّى وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿٦٧﴾ هُوَ الَّذِي يُحْيِي وَيُمِيتُ فَإِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ ﴿٦٨﴾ ﴾^(٦٤)

وفي هذا الخصوص لا بد هنا من الاشارة الى موقف القانون والفقه والقضاء ، إذ لاحظنا وبطبيعة الحال ان شرعي القوانين عموما يرون ان لحظة بداية الحياة للانسان تبدأ منذ اللحظة التي يتم فيها الاتصال بين الحيوان المنوي والبويضة، فعندئذ يشرع الجنين في التكوين وتدب فيه

(٦٢) ينظر : أ.د. وهبة الزحيلي ، العقوبات الشرعية والاقضية والشهادات ، ج٤، منشورات كلية الدعوة الاسلامية ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ١٨٠-١٨٢ .

(٦٣) ينظر: عادل بن يوسف العزازي، فتح الكريم باحكام الحامل والجنين، قدم له الشيخ محمد صفوت نور الدين، ط١، دار ابن الجوزي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٣٨. وللمزيد من التفصيل حول بداية حياة الجنين في الشريعة الإسلامية لا بد من ذكر ان الفقهاء المسلمون عموما انقسموا في نظرتهم لبداية حياة الجنين الى ثلاث اتجاهات الاول يرى ان الحياة تبدأ من تاريخ التحام الحيوان المنوي بالبويضة، وما يتبع ذلك ما هو الا تطور لهذه النطفة، ويترتب على ذلك ان الروح عندما تنفخ فانها لا تنفخ في جنين ميت، لان الحياة سابقة على نفخ الروح ، اما الاتجاه الثاني فيرى ان الحياة لا تبدأ من لحظة التلقيح وانما من التصاق البويضة بجدار الرحم او منذ لحظة العلق وذلك لانه قبل لحظة العلق هناك احتمال الا يتحقق له اولى مراحل الحياة وتزداد حرمة الجنين كلما تطور ودخل مراحل النمو الكامل ، في حين يرى انصار الاتجاه الثالث ان الحياة للجنين تبدأ بعد نفخ الروح اما ما يسبقها من حياة فهي لا توصف بوصف الانسانية وان كان بها بعض خصائص الحياة المطلقة من نمو وشكل وحركة غير ارادية ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ .

(٦٤) سورة غافر الايات ٦٧-٦٨ .

الحياة، ولا يطلق على هذا الكائن صفة الوليد من الناحية القانونية، بل يطلق عليه جنينا او حملا مستكينا .

الا ان الخلاف حدث لدى فقهاء القانون حول تحديد لحظة الميلاد، فبينما يرى الاتجاه الاول ان فترة حياة الجنين تبدأ بالاخصاب أي تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة ، أي بمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين ويستحق الحماية ، يرى الاتجاه الثاني ان حياة الجنين تبدأ بافصاله انفصالا تاما عن امه، ولا يتم ذلك الا بخروجه كاملا من رحم تلك الام، في حين يرى الاتجاه الثالث انها تبدأ عند اللحظة التي تبدأ فيها آلام الوضع بالنسبة للام^(٦٥).

ونرى ان الاتجاه الاول هو الاولى بالقبول، ذلك لان القضاء على حياة الوليد يعد جريمة قتل ، اما القضاء على حياة الجنين فيعد اجهاضا ، وما يترتب على ذلك من اثار قانونية من ناحية ان عقوبة القتل اشد من عقوبة الاجهاض .

وتطبيقا لذلك فقد اكدت محكمة النقض المصرية على الاتجاه الاول ايضا اذ اعتبرت الاسقاط جنائيا ولو ارتكب قبل ان يتشكل الجنين او تدب الحركة فيه، وهذا يدل بشكل أو بآخر على ان حياة الجنين تبدأ منذ لحظة الاخصاب وقبل ان يتشكل الجنين وهو ما يتفق مع الاتجاه الاول بالطبع^(٦٦).

كما ان للفقهاء المسلمون في بيان حكم اسقاط الجنين سواء كان قبل نفخ الروح ام بعد النفخ تفاصيل كثيرة، ولكن الكثيرين منهم ميزوا عموما بين حالتين من حالات الجنين :-

الأولى : اسقاطه بعد نفخ الروح فيه وهو لا يكون الا بعد اربعة أشهر .

الثانية : اسقاطه قبل نفخ الروح فيه أي قبل اتمام اربعة أشهر .

ففي الحالة الاولى، هناك اتفاق بين الفقهاء المسلمين على ان قتل الجنين بعد نفخ الروح فيه يعد جريمة لا يحل لأحد أن يقترفها لكونها اعتداء على كائن متكامل، فهو محرم حرمة تامة مهما كان الجنين مشوها أو غير ذلك، ولم يسمحوا بالإجهاض ابدا في هذه الحالة إلا إذا كانت حياة الام في خطر ، فقدموا حينئذ حياتها على حياته لأنها أصله^(٦٧).

(٦٥) ينظر : د. شوقي زكريا صالح ، مرجع سابق ، ص ١٥٦ .

(٦٦) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية ، نقض جنائي في ١٢/٢٧/١٩٧٠ ، س ٢١ ، ص ١٢٥٠ ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

(٦٧) ينظر: السيد سابق، فقه السنة، المجلد ٢، ط ١، مكتبة الرشيد للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠١، ص ٢٨٩؛ ود. محمود الحاج قاسم محمد، حقوق وحرية الانسان في الاسلام، ط ١، مطبعة الانتصار، الموصل، ٢٠٠٣، ص ١٤٣ .

اما الحالة الثانية فقد اختلف الفقهاء في الاجهاض قبل نفخ الروح أي قبل تمام اربعة اشهر، والتي يحدونها بـ(١٢٠) يوما من بدء التلقيح، وانقسموا في ذلك على ثلاث فئات^(٦٨):-

الفئة الاولى :. ويمثلها الأئمة المالكية والامام الغزالي من الشافعية وابن رجب الحنبلي من الحنابلة، وهم يحرمون الاجهاض منذ اللحظة التي تستقر فيها النطفة في الرحم ، ومن حججهم في ذلك ان مادة التلقيح لها حياة يعتد بها ، فيكون افسادها جنائية فهي اول مراتب الوجود وعنها تتطور مادة الحياة المتسلسلة ، وذلك استنادا إلى الحديث الشريف الذي اخرج الامام مسلم في صحيحه عن ابي الزبير المكي ان عامر بن واثلة حدثه انه سمع عبد الله بن مسعود يقول الشقي من شقي في بطن امه والسعيد من وعظ بغيره، فأتى رجلا من اصحاب رسول الله (ﷺ) يقال له حذيفة بن اسيد الغفاري فحدثه بذلك من قول ابن مسعود فقال وكيف يشقى رجل بغير عمل ؟ فقال له الرجل : اتعجب من ذلك ؟ فاني سمعت رسول الله (ﷺ) يقول ((اذا مر بالنطفة ثنتان واربعون ليلة بعث الله اليها ملكا فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها ثم قال يارب اذكر ام انثى ؟ فيقضي ريك ما شاء ويكتب الملك ثم يقول يارب اجله فيقول ريك ما شاء ويكتب الملك ثم يقول يارب رزقه فيقضي ريك ما شاء ويكتب الملك ثم يخرج الملك بالصحيفة في يده فلا يزيد على ما امر ولا ينقص))^(٦٩) اخرجه الامام مسلم .

الفئة الثانية : - ويمثلها رأي الأئمة الاحناف والشافعية عدا الامام الغزالي والحنابلة عدا ابن رجب والاثني عشرية وهذه الفئة تسمح بالاجهاض ، اذ يعتبرونه مكروها كراهة تنزيهية وليس محرما متى كان له سبب مثل مرض الام وغيره من الاسباب اذا كان الجنين لم يتخلق بعد، أي لم تظهر فيه الاعضاء أي قبل نهاية الاربعين يوما الاولى من الحمل^(٧٠)، على ضوء ما رواه ابن مسعود (رضي الله عنه) عن رسول الله (ﷺ) انه قال ((ان احدكم يجمع خلقه في بطن امه اربعين يوما نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع

^(٦٨) ينظر:د. مفتاح محمد اقريط ، الحماية المدنية والجنائية للجنين في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار

الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٢٧ ؛ ود. محمود الحاج قاسم محمد ، مرجع سابق، ص ١٥ .

^(٦٩) صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص ١٠٩٠ ، (كتاب القدر ، باب كيفية خلق الادمي في بطن امه وكتابة رزقه واجله وعمله وشقاوته وسعادته ، رقم الحديث ٦٧٢٦).

^(٧٠) للمزيد من التفصيل ينظر: السيد سابق، مرجع سابق، المجلد ٢، ص ٢٨٩؛ ومحمد امين ابن عابدين ، رد

المختار على درر المختار ، ط ٢ ، القاهرة ، من دون سنة طبع ، ص ٣٨٠ وما بعدها.

كلمات ويقال له أكتب عمله ورزقه وأجله وشقي أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح..))^(٧١) أخرجه الشيخان .

الفئة الثالثة : - ويمثل هذه الفئة المتسامحة بعض الأئمة من علماء الاحناف وبعض الحنابلة وبعض الشافعية والزيدية وهم يجيزون الاسقاط قبل نفخ الروح ، أي قبل مرور (١٢٠) يوما منذ بدء الحمل عند وجود سبب لذلك ويشترطون موافقة الزوج على ذلك^(٧٢)، وتحسب منذ لحظة التلقيح وتساوي (١٣٤) يوم منذ بداية آخر حيضة حاضتها المرأة والحالات التي يسمح بالاجهاض من قبل نفخ الروح هي كالآتي:-

- ١- اذا تعرضت حياة الام لخطر محقق.
- ٢- اذا تأكد لدى الأطباء وبالموجات فوق الصوتية أو بواسطة بزل من سائل الامنيوسي (Amnio Centesi) أو بغير ذلك، ان الطفل سينجب بعاهة غير قابلة للعلاج كالتخلف العقلي الشديد المستديم، على أن يتم بموافقة آراء ثلاثة من الأطباء الاستشاريين وموافقة الابوين على ذلك.^(٧٣)

ويتضح مما تقدم ان اسقاط الجنين قبل نفخ الروح فيه عليه خلاف بين الفقهاء ، اذ أجازه بعضهم قبل الاربعين يوما الاولى من الحمل لعدم توافر الحياة فيه، ومنعه اخرون لأنه أصبح مؤهلا للقدرة على الحياة واكتمال النمو، ويمكن أن نتصور أن مدار الحكم المختلف فيه عندهم هو الحياة، وأن هذا الأمر ينبغي أن يبنى على رأي العلم أولا ليقول كلمته فيه ومن ثم تترتب الأحكام الشرعية عليه.

والحقيقة ان الاسلام نهى بشدة عن قتل الأطفال فيما بعد الولادة أيضا ، إذ ندد القرآن الكريم بموقف الأعراب في الجاهلية الذين يقتلون أولادهم سفها بغير علم خوف الفقر او الذين يقتلون البنات خوف العار، فقال تعالى: ﴿ قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾^(٧٤)، وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا ﴾^(٧٥)،

(٧١) صحيح البخاري، مرجع سابق، ص ٦٥٤ (كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة صلوات الله عليهم، رقم الحديث ٣٢٠٨)؛ وينظر: صحيح مسلم، مرجع سابق ، ص ١٠٩٠ (كتاب القدر، باب كيفية خلق الآدمي في بطن امه وكتابة رزقه واجله وعمله وشقائه وسعادته، رقم الحديث ٦٧٢٣) . واللفظ للامام البخاري.

(٧٢) ينظر : د. مفتاح احمد اقريط، مرجع سابق ، ص ٨٢ وما بعدها .

(٧٣) ينظر: د. محمود الحاج قاسم محمد، مرجع سابق، ص ١٥.

(٧٤) سورة الانعام آية ١٤٠.

(٧٥) سورة الاسراء آية ٣١.

وقال تعالى أيضا: ﴿وَإِذَا الْمَوْعُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾^(٧٦)، وقال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ زَيْنٌ لِّكَثِيرٍ مِنَ الْمُشْرِكِينَ قَتَلَ أَوْلَادِهِمْ شُرَكَائِهِمْ﴾^(٧٧).

وكان الاسلام بذلك صريحا في تحريم قتل الاولاد ذكورا كانوا او اناثا، اذ جاء في الصحيحين من حديث ابن مسعود (رضي الله عنه) انه سأل رسول الله (صلى الله عليه وسلم): ((أي الذنب أعظم عند الله ؟ قال : ان تجعل لله ندا وهو خلقك قلت : ان ذلك لعظيم قلت : ثم أي ؟ قال : وان تقتل ولدك تخاف ان يطعم معك قلت : ثم أي ؟ قال : ان تزاني حليلة جارك))^(٧٨) أخرجه الشيخان.

وهكذا كان لهذه الاوامر الشرعية المشددة أثره في اختفاء وأد البنات وقتل الاولاد من المجتمعات العربية قبل الاسلام الى الأبد بظهور نور الاسلام، اذ كرم الله تعالى الانسان منذ تخلقه في بطن امه، فقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(٧٩).

اما فيما يخص حق الجنين في الحياة على صعيد القوانين الوضعية الداخلية فقد نص قانون العقوبات العراقي النافذ في الفصل الرابع من الكتاب الثالث على الجرائم الواقعة على الاشخاص، وحدد العقوبات الخاصة بجريمة الاجهاض وبالتحديد في المواد / ٤١٧ - ٤١٩ فبينت بتركيز واختصار ما يلي^(٨٠) :-

- ١- كل امرأة اجهضت نفسها عمدا بأية وسيلة كانت ، او مكنت غيرها من ذلك برضاها - العقوبة حبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة او باحدى العقوبتين - .
- ٢- كل من اجهض امرأة عمدا برضاها - يعاقب بالعقوبة ذاتها - واذا افضى الاجهاض او الوسيلة التي استعملت في احداثه ولو لم يتم الاجهاض الى موت المجني عليها ، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن سبع سنوات - ويعتبر ظرفا قضائيا مخففا اجهاض امرأة

^(٧٦) سورة التكوير آية ٨-٩ .

^(٧٧) سورة الانعام آية ١٣٧ .

^(٧٨) صحيح البخاري، مرجع سابق، ص ٩٠١ (كتاب التفسير، باب قوله تعالى « فلا تجعلوا لله اندادا وانتم تعلمون » رقم الحديث ٤٤٧٧) ؛ وينظر: صحيح مسلم، مرجع سابق، ص ٥٩ (كتاب الايمان، باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان أعظمها بعده، رقم الحديث ٢٥٧) . واللفظ للامام البخاري.

^(٧٩) سورة الاسراء آية ٧٠ .

^(٨٠) للمزيد من التفصيل تنظر: المواد / ٤١٧ - ٤١٩ من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة

نفسها اخفاء العار اذا كانت قد حملت سفاحا ، وكذلك الامر لمن اجهضها من اقاربها الى الدرجة الثانية - .

٣- كل من أجهض امرأة عمدا بدون رضاها - العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين - وتكون العقوبة سجن خمس عشرة سنة اذا أفضى الاجهاض او الوسيلة التي استعملت في احداثه ولو لم يتم الاجهاض الى موت المجني عليها .

٤- كل من اعتدى عمدا على امرأة حبلى مع علمه بحملها وتسبب عن ذلك إجهاضها وذلك بالضرب او الجرح او العنف او بأعطاء مادة ضارة او بأرتكاب فعل آخر مخالف للقانون دون ان يقصد إجهاضها وتسبب عن ذلك بإجهاضها - يعاقب بالحبس - .

٥- يشدد العقاب اذا كان من أجهض امرأة طبيبا أو صيدليا أو كيميائيا او قابلة او أحد معاونيهم .

وهنا لا بد من توضيح معنى الاجهاض، فالاجهاض لغة مأخوذ من الفعل جهض، ويعني غلبه وابعده ومنعه ، واجهضت المرأة اسقطت حملها والجهض والمجهض والجهيض ، الولد السقط، والمجهاض من الاناث التي من عاداتها القاء الولد لغير تمام، فيقال اجهضت الناقة اجهاضا وهي مجهض أي القت ولدها قبل ان يستبين خلقه (٨١).

أما الاسقاط لغة مأخوذ من الفعل سقط، وسقط الشيء من يده من باب دخل واسقطه، يقال سقط الولد من بطن امه ولا يقال وقع وسقط الولد ما يسقط قبل تمامه (٨٢).

اما المقصود بالاجهاض في الاصطلاح القانوني ، فهو فصل الجنين عن الرحم في غير موعده الطبيعي وبغير ضرورة (٨٣)، أي عملية اخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته او قتله عمدا في الرحم (٨٤).

وفي هذا المضمار جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ان "الاسقاط تعمد انهاء حالة الحمل قبل الاوان ومتى تم ذلك فان اركان هذه الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها وليس في استعمال القانون لفظة الاسقاط ما يفيد ان خروج الحمل من الرحم - في مثل هذه الحالة - ركن من اركان الجريمة وذلك بأنه يستفاد من نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الاسقاط ان المشرع افترض بقاء الام على قيد الحياة ولذلك استخدم لفظ الاسقاط ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الاوان ولو ظل الحمل في الرحم

(٨١) ينظر : فؤاد افرام البستاني ، مرجع سابق ، ص ٩٧ .

(٨٢) ينظر : محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مرجع سابق ، ص ٣٠٤ .

(٨٣) ينظر : د. مفتاح محمد اقريط ، الحماية المدنية والجنائية للجنين، مرجع سابق، ص ٢١٣ .

(٨٤) ينظر : د. ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص ٢٦١ .

بسبب وفاة الحامل^(٨٥) كما جاء ايضا عن محكمة التمييز الاردنية ان الاسقاط يعني تعمد انهاء حالة الحمل قبل الاوان^(٨٦).

اما المقصود بالاجهاض في الطب الشرعي فهو انهاء حالة الحمل في أي دور كان قبل اكتمال اشهر الحمل الطبيعي^(٨٧)، أي انه افراغ الرحم لحصيلة التلقيح قبل اوان الوضع^(٨٨).
وجريمة الاجهاض خطيرة وعواقبها وخيمة على المجتمعات الانسانية واخلاقياتها ، الامر الذي يستوجب حتما وضع عقوبات صارمة على مرتكبيها ، فهي تؤلف ظاهرة اجتماعية بالغة الخطورة ، يعود اسبابها الى عوامل عدة قد تكون اخلاقية او اجتماعية او اقتصادية او طبية .
ولذا نلاحظ ان القوانين القديمة قد جرمت هذه الجريمة ومنها حضارة وادي الرافدين متمثلة بقانون حمورابي الذي يعد بحق مصدرا تاريخيا للعديد من القواعد والمبادئ المستقرة في الشرائع الوضعية القديمة والحالية الصادرة في القرن الثامن عشر قبل الميلاد، اذ اعترفت بالشخصية القانونية للطفل وبحقه في الميراث ، والادهى من ذلك انه ضمنت حقوق الجنين ايضا وهو في بطن امه ، فعاقبت على جريمة الاجهاض وكانت العقوبات مختلفة حسب المنزلة الاجتماعية للمرأة الحامل ، إذ نص القانون على انزال اقصى العقوبة وهو القتل على مسبب الاسقاط اذا ادى الاسقاط الى وفاة المرأة الحامل^(٨٩)، فقد نصت المادة /٢٠٩ منه على انه "اذا ضرب رجل بنت رجل اخر وسبب لها اسقاط ما في جوفها (جنينها) فسوف يدفع عشرة شقيقات من الفضة لاسقاط ما في جوفها" كما نصت المادة /٢١٠ منه أيضا على انه "اذا توفيت تلك المرأة فيجب ان تقتل ابنته"، اما في المادة / ٢١١ منه فقد نصت على انه "اذا اسقطت بنت مولى بسبب ضربة ما في جوفها فسوف يدفع خمسة شقيقات من الفضة " واعقبته المادة /٢١٢ بالنص على انه "اذا توفيت تلك المرأة فسوف يدفع نصف المنا من الفضة " في حين نصت المادة /٢١٣ منه على انه "اذا ضرب رجل امه وسبب لها اسقاط ما في جوفها فسوف يدفع شقيقين من الفضة

(٨٥) قرار محكمة محكمة النقض المصرية الطعن رقم /١١٢٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٢/٢٧/١٩٧٠ س ٢١ ص ١٢٥٠ بند (١) . والطعن رقم /٢٦٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ٦/٦/١٩٧٦ س ٢٧ ص ٥٩٦ بند (٤) منشور على موقع الانترنت قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:

<http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/About.aspx#top>

(٨٦) للمزيد من التفصيل ينظر: د. حابس يوسف زيدان ، مفهوم الاجهاض وموضعه من السياسة الجنائية ، منشور على الموقع الالكتروني منتدى رجل مصر : www.egyptman.com .

(٨٧) ينظر : لويس شمعان، مرجع سابق ، ص ١٧٢.

(٨٨) ينظر : د. وصفي محمد علي، الطب العدلي علما وتطبيقا، ج ٢، ط ٥، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ٨٢.

(٨٩) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فوزي رشيد ، الشرائع العراقية القديمة، مرجع سابق، ص ١٥٦.

" بينما نصت المادة /٢١٤ منه على انه "اذا توفيت تلك المرأة فسوف يدفع ثلث المنا من الفضة"^(٩٠).

كما جاء في الديانة اليهودية ايضا ان الجنين لا يتكون الا في اليوم الحادي والاربعين من حصول التلقيح اذا كان ذكرا ، وفي اليوم الحادي والثمانين اذا كانت انثى ، وكانت عقوبة الاجهاض لدى العبرانيين شديدة ، فيقضى بغرامة تحكيمية يقدرها الزوج او المحكومون ، فإذا ادى الامر الى وفاة المرأة الحامل كانت العقوبة القتل ، وكذلك الحال بالنسبة للديانة النصرانية اذ حرمت الكنيسة فعل الاجهاض الجرمي حتى ولو كان القيام به انقاذ لحياة الام^(٩١).

في حين عد القانون الروماني جريمة الاجهاض جريمة ضد والدي الجنين وليس ضد الجنين نفسه ، وغير معاقب عليه من الاب عملا بنظام السلطة الابوية ، اما القانون الكنسي فقد عده صور خاصة من صور القتل العمد^(٩٢).

اما عن موقف التشريعات الوضعية والاعلانات العالمية وخصوصا الاعلان العالمي لحقوق الانسان من هذه الجريمة ، فلم يرد نص صريح بخصوصها الا ما جاء في نص المادة/١١ - ٢ من الاعلان التي نصت على انه « لا يدان أي شخص من جراء اداء عمل او الامتناع عن اداء عمل الا اذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا للقانون الوطني او الدولي وقت ارتكابه .. » وبهذا تكون المادة قد احوالت ذلك الى القانون الوطني او الدولي وقت ارتكابه لتحديد الفعل بكونه يعد جريمة ام لا يعد .

في حين خص الاعلان الاسلامي لحقوق الانسان وفي المادة/٢ منه على انه "أ- الحياة هبة الله وهي مكفولة لكل انسان وعلى الافراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه ولا يجوز ازهاق روح دون مقتضى شرعي"، كما نصت المادة/٧ منه على انه "... كما تجب حماية الجنين والام واعطاءهما عناية خاصة.. ج - للأبوين على الابناء حقوقهما.. " ونصت المادة / ١٩-د منه على انه « لا جريمة ولا عقوبة الا بموجب احكام الشريعة".

اما القوانين الجنائية عموما فقد تفاوتت مواقفها بشأن تجريم هذا الفعل او اباحته، فهناك دول تجرم الفعل سواء تم برضا الام الحامل ام بدون رضاها ، وسواء كان الحمل ناجما عن علاقة شرعية ام غير شرعية نتيجة زنا او اغتصاب او اية علاقة غير شرعية اخرى ، كما تباينت بشأن تجريم جريمة الشروع في هذه الجريمة والظروف القضائية المخففة او المشددة ،

^(٩٠) للمزيد من التفصيل ينظر : أ.د عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٠ ، ص٢٦٧.

^(٩١) للمزيد من التفصيل ينظر : د. حسن صادق المرصفاوي ، الاجهاض في نظر المشرع الجنائي ، المجلة الجنائية القومية ، ٣ع ، المعهد القومي للبحوث الجنائية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص٩٧ .

^(٩٢) ينظر : د. مفتاح محمد اقريط ، مرجع سابق ، ص٢٠٩.

فيما اباحت بعض دول العالم مؤخرا الاجهاض مثل الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا وفرنسا وكندا وغيرها ، واشترطت بعض الدول موافقة طبييين على ضرورة الاجهاض ، غير ان الامر قد اضحى بالغ الخطورة من خلال احصائيات منظمة الصحة العالمية ، اذ تشير إلى ان عدد حالات الاجهاض المفتعلة التي تجري سنويا على مستوى العالم قد قدرت بين ٣٦-٥٣ مليون حالة اجهاض، وان ٣٢-٤٦ حالة اجهاض تجري سنويا لكل الف امراة في سن الانجاب، كما يقدر عدد الاجنة المجهضة سنويا بما فيها حالات الاجهاض التي تجري في السر بمئة مليون سقط في العالم ، ناهيك عن ان الالاف من النساء يلاقين حتفهن سنويا بسبب مخاطر ومضاعفات الاجهاض، الامر الذي يكشف لنا عن مدى اهمية تجريم هذا الفعل^(٩٣).

فمحل الاعتداء في جريمة الاجهاض اذن هو الحمل، ويطلق وصف الحمل على حالة المرأة الحامل ، وموضوع الجريمة هو الجنين الذي لا يزال في رحم الام ، والحماية المقررة في هذه الجريمة هي مقررة للجنين اصلا ، أي ان التشريعات القانونية عموما تحمي حق الجنين في الحياة المستقبلية بمنع الجناية عليه ، وهذا الحق هو المقصود بالحماية اصلا ، اما حق الحامل في سلامة جسدها فلا نعتقد انه محل الحماية في هذه الجريمة ، لأن ذلك الحق تكفله النصوص الخاصة بالقتل والضرب والجرح^(٩٤).

^(٩٣) ينظر : د. مفتاح محمد اقريط، مرجع سابق ، ص ٢١٤.

^(٩٤) ينظر : د. ماهر عبد شويش ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢ . ويقتضي التتويه الى ان المشرع العراقي قد شمل المرأة التي تجهض نفسها انقاء للعار بموجب المادة /٤١٧ - ٤ من قانون العقوبات بظرف مخففة يستفيد منه من اجهضها من اقاربها الى الدرجة الثانية، وهو الامر الذي سار عليه المشرع السوري في المادة /٥٣١ من قانون العقوبات السوري النافذ رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٩ المعدل ، في حين ان المشرع المصري ساوى في العقاب بين مرتكب جريمة الاجهاض برضا الحامل وبغير رضاها في المادة /٢٦١ من قانون العقوبات المصري النافذ رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل، وكذلك فعل المشرع الاردني اذ لم يتعرض الى التفريق في فرض العقوبة بين حالة الاجهاض برضا الحامل وبدون رضاها بموجب المادة /٣٣٦ من قانون العقوبات الاردني النافذ رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل ، اما اذا لم تكن المرأة حاملا واعتقد من باشر عليها وسيلة الاجهاض العكس من ذلك، فإن الفعل يعد شروعا في جريمة الاجهاض طبقا للمذهب الشخصي في الجريمة، وذلك في الدول التي تأخذ بمبدأ افتراض الحمل كقانون العقوبات التونسي في المادة /٢١٤ وقانون العقوبات الجزائري النافذ رقم ١٥٦/٦٦ لسنة ١٩٦٦ المعدل في المادة /٢٠٤ وقانون العقوبات السوري الذي ساوى في العقوبة سواء تمكن الفاعل من اجهاض المرأة او شرع في ذلك، أي ساوى في العقوبة بين جريمة الاجهاض التامة وبين الشروع فيها ، كما أنه فرض العقوبة نفسها المنصوص عليها في المادتين /٥٢٨ و ٥٢٩ على من يرتكب وسائل اجهاض على امراة ولو كانت غير حامل ؛ وللمزيد من التفصيل حول الجريمة واركانها وصورها ينظر : د. محمد عباس حمودي ، المصلحة محل الحماية في جريمة الاجهاض ، مجلة الراافدين للحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ١٢ ، ع ٤٢ ، س ١٥ ، اذار ، ٢٠١٠ ، ص ٢٣٧ .

والنصوص القانونية عموماً التي نظمت جريمة الاجهاض كانت تهدف الى هذه الغاية وهي حماية حق الجنين في الحياة وحقه في النمو الطبيعي، ومن ثم فليس للام التصرف بحق ليس لها سلطة التصرف فيه ، وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية "ان رضاء الحامل بالاسقاط لا يؤثر على قيام الجريمة ذلك ان للنفس البشرية حرمة ولا تستباح بالاباحة، ومن ثم فان ذهاب المجني عليها برضاها الى المحكوم عليه الاول ليجري لها عملية الاسقاط ووفاتها بسبب ذلك لا يفي خطأ المحكوم عليه المذكور ..."^(٩٥).

والجدير بالذكر في هذا الصدد ، انه اذا انفصل الجنين عن امه بجناية ، فان الشخصية القانونية تثبت له ولو ولد ميتاً، وتثبت الواقعة بشهادة الميلاد المستخرجة من السجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض وفقاً للقوانين ، فاذا انعدم هذا الدليل او تبين عدم صحة ما ادرك فيه، فيجوز عندئذ الاثبات بكل طرق الاثبات ، ذلك لان واقعة الميلاد عموماً واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات القانونية المعهودة ، كما ان ما يتفرع عن هذه الواقعة من نسب فانه يخضع لقواعد الاحوال الشخصية^(٩٦) .

وفي هذا الخصوص ندعوا المشرع العراقي الى احداث تعديل في نص المادة /٤١٩ من قانون العقوبات تؤدي الى تشديد عقوبة الاعتداء عمداً على امرأة حبلى بالضرب او الجرح او بالعنف او باعطاء مادة ضارة او بارتكاب فعل اخر مخالف للقانون مع علمه بحملها دون ان يقصد اجهاضها وتسبب عن ذلك اجهاضها .

كذلك نقترح على المشرع العراقي اضافة فقرة (٥) للمادة /٤١٧ من قانون العقوبات لتكون بالشكل الاتي : "٥- لا عقاب على الاجهاض اذا استوجبت الضرورة انقاذ حياة الام وذلك في الحالات التي يتعذر فيها الاجهاض لهذا السبب من قبل لجنة طبية مختصة من مؤسسة حكومية" .

وندعو المشرع العراقي ايضا الى تعديل نص الفقرة (٢) من المادة /٤١٧ لتكون على الوجه الاتي : "٢- ويعاقب بالحبس من اجهاضها عمداً برضاها مدة لا تزيد على سبع سنوات. واذا اقتضى ذلك الى موت المجني عليها وتم الاجهاض وكان برضاها يعاقب بالسجن المؤبد".

^(٩٥) قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم /١١٢٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٢/٢٧/١٩٧٠ ، س ٢١ ، ص ١٢٥٠ ، بند (٢) ، والمنشور على موقع الانترنت قاعدة قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية .

<http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/About.aspx#Top>

^(٩٦) ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، جامعة بغداد ، بيت الحكمة ، ١٩٨٩ ، ص ٢٨٢؛ وتنتظر ايضا : المادة /٧٦ من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

وبهذا الشكل تم تشديد العقوبة في حالة الاجهاض برضا الام وجعلها الحبس بدل الحبس مدة لاتزيد على سنة واحدة لتقليل الفرق بينها وبين عقوبة الاجهاض بدون رضا الحامل وهي عشرة سنوات ، لكون المصلحة محل الحماية في الحالتين هو الجنين في بطن امه ، ولكي لا يستحوذ رضا الام من عدمه في حالة الاجهاض على كل هذا الفرق الشاسع بين العقوبتين ، اذ تتعلق بالجنين مصلحته الذاتية ومصلحة المجتمع بالاضافة الى مصلحة الام، فضلا عن ان هذه الاضافة الى الفقرة تكون قد جرمت الاجهاض الذي يفضي الى موت المجني عليها وبالعقوبة المناسبة لها .

كما ندعوا ايضا المشرع العراقي الى تكملة الفقرة (٢) من المادة /٤١٨ من قانون العقوبات لتكون على النحو الآتي : "... اما اذا ادى الى موت المجني عليها فيعاقب حينئذ بالسجن المؤبد ولو لم يؤدي الفعل الى الاجهاض"، وبهذا تكون الاضافة الى نص المادة قد جرمت الاجهاض الذي يفضي الى موت المجني عليها اذا تم الاجهاض بدون رضاها ونصت على العقوبة المناسبة له .

الفصل الثاني

حق الجنين في النسب

اقتضت حكمة الله تعالى البالغة ان ينسب كل فرد من عباده بين ابوين يقومانه ويقومان بامرهم، ويربط بين الثلاثة الاب والام والولد برباط متين قائم على المحبة والحنان والعطف ، وهذه الرابطة بين الفرد ووالديه هي التي يطلق عليها النسب، فهي نعمة انعم الله تعالى بها على عباده وجعلها مظهرا من مظاهر قدرته ، قال تعالى ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ۝٩٧﴾ .

وبهذا فقد اولت الشريعة الاسلامية اهتماما كبيرا بالطفل، فابانت احكامه من حين ان تدب فيه الحياة وهو ما يزال جنينا في بطن امه الى ان يشب ويتزعرع، محافظة منها على قيام المجتمع على اتم وجه واكملة، فاذا ما ولد الطفل حافظت عليه من الذل وحصنته من الضياع وابعדתه عن العار، فأثبتت له حق النسب من والديه، فكان هذا اول حق يثبت له قبل انفصاله من امه، وبهذا كان النسب هو حق من الحقوق الشرعية التي لا يصح للزوجين ان يتفقا عند عقد الزواج على نفيه فهو ليس لهم، بل هو مشترك بين الله تعالى وبين اطراف النسب من الاب والام والولد .

ونظرا لهذه النتائج الخطيرة التي تترتب على هذه الرابطة ، عني الشارع الحكيم بتنظيم احكام النسب وحمايته من الاهواء والعبث، واحاطه بسياج من التعاليم والتشريعات التي تؤكد قدسيته ، لذلك فقد قضى على ما كان مالوفا عند العرب في الجاهلية من الادعاء والتبني قال تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ اَدْعِيَاءَكُمْ اَبْنَاءَكُمْ ذٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِاَفْوَاهِكُمْ وَاللّٰهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيْلَ ۝٩٨﴾ .

ومن اجل تنظيم حالة هؤلاء واعادة امورهم الى نصابها امر المسلمين بان ينسبوا الى ابائهم اذا كانوا معروفين، فان لم يكن معروفين ابائهم فالى اخوانهم في الدين او مواليتهم قال تعالى ﴿ اَدْعُوهُمْ لِاَبَائِهِمْ هُوَ اَقْسَطُ عِنْدَ اللّٰهِ فَاِنْ لَّمْ تَعْلَمُوْا اَبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلٰكُمْ ۝٩٩﴾ .

وهكذا جاءت التنظيمات الشرعية في قضايا النسب فجعل الله تعالى لنشوئه سببا هو الزواج الصحيح وليس الاتصال الجنسي بالمرأة فحسب كما كان عليه الحال في الجاهلية قبل الاسلام إذ كان الاطفال ينسبون الى ابيهم ولو من الزنا (١٠٠).

(٩٧) سورة الفرقان اية ٥٤ .

(٩٨) سورة الاحزاب اية ٤ .

(٩٩) سورة الاحزاب اية ٥ .

(١٠٠) الجدير بالتنويه في هذا الخصوص ان الاطفال في المجتمع البابلي كانوا ينسبون الى الاب وليس للاب حق التصرف في ابنه الا على سبيل العقوبة كجوده وحرمانه من الميراث وفي حالات استثنائية كافتراق

ولتوضيح ذلك مفصلا ينبغي ان نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث وذلك على الوجه الاتي:

المبحث الاول : ماهية حق النسب

المبحث الثاني : حالات ثبوت نسب الجنين

المبحث الثالث : طرق اثبات نسب الجنين

الابن اثما كبيرا، كذلك له حق رهن طفله او طفله ضمانا للوفاء بدينه، وهناك حالة واحدة ينسب فيها الاطفال الى الام وهي حالة الزواج من الكاهنة -الناديثوم- وقد نظم قانون حمورابي امور الاسرة عموما ومنها النسب ، اذ عرف هذا القانون نوعين من النسب هما النسب الى الاب والنسب الى الام ، وللمزيد من التفصيل ينظر : المواد /١١٧ و ١٦٨ و ١٦٩ و ١٩٢ و ١٩٣ من قانون حمورابي، نقلا عن : أ.د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ،مرجع سابق ، ص ١٤٣ .

المبحث الاول ماهية حق النسب

يعد النسب من اهم المسائل الاجتماعية التي تقتضيها مصلحة المجتمع عموما ، فهو اول واهم ثمرات الزواج الصحيح واثاره ، وهو نعمة انعم الله تعالى بها على عباده ، وجعلها مظهرا لتعظيم قدرته ، اذ خص الله تعالى هذه الامة الاسلامية بثلاثة اشياء لم يعطها لاحد من قبل ومنها الانساب .

والنسب رابطة سامية وصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة والاهمية ، فهو حق من حقوق الطفل سواء قبل الولادة ام بعدها، اذ ان انتماءه الى اب يحفظه من الضياع ويحميه من التشرذم امر غاية في الضرورة، لان وجود طفل بلا نسب يعرضه الى مضايقات اجتماعية ويضعه امام تساؤلات مشينة ومؤذية ، كما انه يعرض المجتمع ايضا الى اذى كبير، لذلك تعددت وسائل اثباته سواء في الشريعة الاسلامية ام بالقوانين الوضعية (١٠١) .

ويقصد بالنسب لغة ، القرابة فيقال فلان يُناسِبُ فلانا فهو نَسِيبُهُ اي قَرِيبُهُ (١٠٢) ، ورجل نَسَابَةٌ أي عالم بالأنساب ، وقيل ان القرابة في النسب لا يكون الا للاباء خاصة (١٠٣) ، ونسب الشيء الى فلان أي عزاه اليه وهو الالتصاق في بني فلان أي قرابته فهو منهم (١٠٤).

وبهذا يتضح لنا ان النسب يطلق على معان عديدة اهمها القرابة والالتصاق والانتماء، وجميعها هي مقصودة في موضوع دراستنا هذه ، لان النسب عموما هو قرابة والتصاق وانتماء بين الاباء والابناء.

(١٠١) للمزيد من التفصيل ينظر: بدران ابوالعينين بدران ، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ج ٢، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٧، ص ٥١٦ .

(١٠٢) ينظر: محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مرجع سابق ، ص ٦٥٦ .

(١٠٣) ينظر: الامام العلامة ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب، المجلد ١، دار صادر، بيروت، من دون سنة طبع، ص ٧٥٥.

(١٠٤) ينظر: فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق ، ص ٧٨٩.

في حين يقصد بالنسب في المعنى الاصطلاحي " القرابة بالرحم وهي الابوة والامومة والبنوة والاخوة والعمومة والخثولة " (١٠٥) .

وهكذا يتضح لنا مدى التقارب بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي الشرعي، اذ يدور الاثنان حول محور واحد وهو القرابة أي الحاق الولد بوالديه او باحدهما قرابة (١٠٦) .

وقد رتب الاسلام على النسب اثارا عديدة من حقوق وواجبات ، منها مايتعلق بالنكاح كالمحرمات ومنها مايتعلق بحقوق الاقارب من نفقة وميراث، كما بنى الاسلام النسب على مبادئ جليلة ، كمبدأ احقاق الحق ، كان ينسب كل شخص لأبويه الحقيقيين ، ومبدأ الستر بالنسبة للأم خاصة لأنها تدفع بذلك تهمة الزنا عن نفسها ، ومبدأ الحفاظ على الرابطة الاسرية وجمع شمل العائلة ، ومبدأ الحفاظ على مصلحة الصغير ، اذ نلاحظ في هذا الصدد أن أحكام الشريعة الاسلامية تدور مع مصالح العباد ، وهو من اسمى الاهداف التي جاءت من اجله الشريعة الاسلامية، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين الوضعية، إذ لا نرى أي نص الا وفيه مصلحة مشروعة للأفراد بصورة عامة ، واذا ما تضاربت هذه المصالح فان الترجيح يكون لمصلحة الفئة التي يكون فيها موضع الضعف وتحتاج الى حماية مصالحها ، وهذه الفئة هي فئة الصغار ومنهم الاجنة في بطون امهاتهم تحديدا في مجال دراستنا هذه .

وبهذا تتضح الحكمة التي جاءت بها الشريعة الاسلامية والتي دعت الى اتباع كل الطرق لتحقيق ما فيه نفع ومصلحة للصغير ومراعاة للحالة النفسية والاجتماعية والانسانية له بما في ذلك مصلحته قبل الولادة .

فضلا عن ان الحفاظ على الانساب وصيانتها هي بالطبع صيانة وحفظ لمبدأ الرابطة الاسرية عموما الذي لولاه لساد المجتمع فوضى عارمة، لذا نرى ان هذه المبادئ المذكورة انفا تتماشى مع وسائل الاثبات المعمول بها في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية في هذا الخصوص على حد سواء .

(١٠٥) محمد امين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ١، ط ٢، دار الفكر ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ١٩٤ .

(١٠٦) في هذا الصدد لابد ان ننبه الى ان المقصود بالقرابة هو صلة الدم وليس التبني أو الولاء أو الادعاء، قال تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ . ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ سورة الاحزاب الاية ٤-٥ ، وقوله تعالى ﴿ وَحَلَلَيْلُ آبَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ سورة النساء اية ٢٣ .

وهكذا فان حق الجنين في ثبوت نسبه يعد من أحد أهم الحقوق التي يكتسبها ، فكان هذا اول حق يثبت له بعد انفصاله من امه لاحتياجه الى دفع العار عن نفسه بكونه ولد زنا ، ولان ثبوت نسبه يستتبع للولد حقوقا اخر منها حق النفقة وحق الرضاع وحق الحضانة وحق الارث وغيرها من الحقوق التي اثبتها له الشرع والقوانين عموما، إذ ان انتماء الطفل الى الاب يحفظه من الضياع ويحميه من التشرذم ويضمن له تربية صالحة وبيئة سليمة ومناسبة لنمو شخصيته ونفسيته ، الا ان هذا الحق ليس حقا حصريا له وحده ، وانما هو حق للأب وللأم ايضا ، فهو حق للأب لأن المولود جزء منه وهو امتداد شرعي لنسله ونسل آبائه وأجداده، ومن حقه صيانته من الضياع، كما انه يترتب على ثبوت هذا الحق حقوق أخرى سواء للطفل ام للأب وذلك بعد ولادته طفلا ، كحق الطفل في الرعاية والتربية والتعليم وكحقه في الولاية عليه وحقه في النفقة من مال الاب وحقه في الارث، كذلك تترتب حقوق للاب على ابنه اذا كان الابن موسورا قادرا على الانفاق والأب محتاجا، كذلك فإن ثبوت نسب الجنين هو حق للأم لأن الولد جزء منها، فقد كان يتنفس بنفسها ويتغذى بغذائها من احشائها طيلة فترة الحمل فهو من لحمها ودمها، وهي بطبيعتها الحال مدفوعة للمحافظة عليه وصونه من الضياع ودفع تهمة الزنا عن نفسها، ولهذا صحت الام ان تكون خصما في دعوى نسب ابنها من ابيه ما دام في يدها ، لا فرق بين ان تكون الدعوى مجرد خالصة وبين ان تكون ضمن دعوى اخرى كنفقة او حضانة ، كما يترتب على ثبوت النسب لها حقوق أخرى ، أهمها حق الولاية والتوارث والانفاق ، وهو أيضا حق لله تعالى حيث يتمثل في ان النسب يحقق مصلحة عامة للمجتمع لأرتباطه الوثيق به ، اذ عليه يقوم بناء الأسرة التي هي نواة المجتمع ، ومما يشهد على كون النسب ايضا حقا من حقوق الله تعالى انه تقبل فيه الشهادة حسبة أي من غير ان تكون هناك دعوى من المدعي (١٠٧) .

(١٠٧) ينظر : بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن، مرجع سابق، ج٢، ص٤٨٨ . وللمزيد من التفصيل ينظر: بدران ابوالعينين بدران، الفقه المقارن، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٨٨ = وفي هذا الاطار فقد نصت المادة /٣٦ من قانون الاسرة الجزائري التاخذ رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل على حقوق وواجبات الزوجين فنصت على انه " يجب على الزوجين : ١- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة ٢- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة ٣- التعاون على مصلحة الاسرة ورعاية الاولاد وحسن تربيتهم ٤- التشاور في تسيير شؤون الاسرة وتباعد الولادات ٥- حسن معاملة كل منهما لابوي الاخر واقاربه واحترامهم وزيارتهم ٦- المحافظة على روابط القرابة والتعاون مع الوالدين الاقربين بالحسنى والمعروف ٧- زيارة كل منهما لابويه واقاربه واستضافتهم بالمعروف " .

فمراد الفقهاء المسلمين اذن من حق الجنين في ثبوت نسبه من أبيه، هو لحوقه به بعد الولادة حيا ما لم يلاعن الأب زوجته وينفي نسبه منه، اذ ان حقه في النسب من أبيه يثبت له من وقت علوقه في بطن امه وبمجرد وجود السبب الشرعي المنشئ له، حفظا له من الضياع، ولكن في الحقيقة الطفل هو الذي ينسب الى أبيه، والجنين انما يستحق اسم الوالد بالولادة فقط، وبهذا فان حق النسب يمكن ان نعه من حقوق الطفل بعد الولادة أيضا^(١٠٨).

و بناء على ذلك حرص الإسلام على حفظ الانساب وصيانتها من الفساد والضياع والاضطراب، واعتنى به عناية بالغة، لأن في ضياعه واختلاطه مفسد أخلاقية واجتماعية خطيرة تؤدي الى تفكك الاسرة وانحلال المجتمع وانهيار الاخلاق ، لهذا سلك شتى السبل من أجل صيانتها وحصانتها ومنع كل ما يمس استقرارها وسلامتها ، وتبرز عناية الاسلام هذه بالنسب في أوجه عديدة يمكننا ايجاز اهمها على النحو الآتي :

أولاً : حفظ النسب يمكن أن يندرج تحت الضروريات الخمس التي تسعى اليها الشريعة الاسلامية والشرائع السماوية السابقة للحفاظ عليها ، وهي حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ النسل وحفظ المال، والعلاقة واضحة بلا شك بين النسل والنسب ، فقد جعل الله تعالى رابطة النسب نعمة من النعم التي امتن بها على عباده واية من آياته الدالة على عظمته وقدرته ، اذ قال تعالى ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴾^(١٠٩) ، كما ان من غايات الزواج عموما انشاء الرابطة للحياة المشتركة والنسل بتكوين الاسرة الخلية الاولى للمجتمع والتي اساسها المودة والرحمة والتعاون واحسان الزوجين والمحافظة على الانساب .

ثانياً : حرم الاسلام التبني وأبطله بعد أن كان معتبرا في الجاهلية قبل الاسلام وعند صدر الاسلام ، وذلك لأن المتبنى يبقى غريب عن العائلة بعيد عن نسبها ، فلا يحل له ان يطلع على محارمها او يشاركها حقوقها وواجباتها، قال تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ﴾^(١١٠).

^(١٠٨) في هذا المضمار نذكر أن الفقهاء من الائمة الأحناف لا يجيزون للزوج أن يلاعن زوجته أثناء الحمل وينفي ما في بطنها منه، بل لابد من انتظار ولادته عندهم ثم تجري الملاعنة ، على ان الصاحبين ابا يوسف ومحمد أجازا ذلك ان ولدت به لاقل من ستة أشهر من وقت نفيه للتأكد من وجود الحمل وقت القذف، أما جمهور الفقهاء فيجيزون اللعان أثناء الحمل ونفي نسب ما في البطن من قبل الزوج ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. حمد عبيد الكبيسي ود. أحمد علي الخطيب ود.محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ١٩٧.

^(١٠٩) سورة الفرقان آية ٥٤.

^(١١٠) سورة الأحزاب آية ٤.

ثالثا : حرم الاسلام على الاباء انكار نسب اولادهم اليهم ، وحرّم على الامهات نسبة الاولاد الى غير ابائهم الحقيقيين، فعن أبي هريرة (رضي الله عنه) انه سمع رسول الله (ﷺ) يقول " حين نزلت آية الملاعنة ((ايما امرأة أدخلت على قوم رجلا ليس منهم فليست من الله في شئ ولا يدخلها الله جنته وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عز وجل منه وفضحه على رؤوس الاولين والآخرين يوم القيامة))^(١١١) أخرجه الامام النسائي، كذلك حرم الاسلام على الابناء انتسابهم الى غير ابائهم، فعن سعد وابي بكره ان رسول الله (ﷺ) قال : ((من ادعى الى غير ابيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام))^(١١٢) اخرجه الشيخان .

رابعا : حرص الاسلام على سلامة الانساب وصفائها، ويتضح ذلك من خلال مكافحته وتحريمه للزنا ومن التقرب اليه، الذي يعد من اهم عوامل اختلاط الانساب وفسادها، قال تعالى ﴿ وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾^(١١٣) فأهم الاسباب الداعية الى تحريمه هو تجنب انجاب اطفال لا يعرف نسبهم لابائهم ناهيك عن ان امه قد تتركه بعد ولادته للمجهول فيلقى مصير اللقطاء .

^(١١١) الامام ابو عبد الرحمن الخراساني النسائي (٣٠٣ هـ) ، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي، ج٦، ط ٣، اعتنى به عبد الفتاح ابوغده، دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٤، ص ١٧٩ (كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء من الولد، رقم الحديث ٣٤٨١)؛ وينظر ايضا : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى ابويكر البيهقي (٤٥٨ هـ) ، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج ٧، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٩٩٤، ص ٤٠٣ (باب التشديد في ادخال المرأة على قوم من ليس منهم وفي نفي الرجل ولده، رقم الحديث ١٥١١٠) ؛ ومحمد بن حبان (٣٥٤ هـ) ، صحيح ابن حبان ، تحقيق شعيب الارنؤوط ، ج ٩، ط ٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣، ص ٤١٨ (باب ثبوت النسب، رقم الحديث ٤١٠٨) . واللفظ للامام النسائي .

^(١١٢) صحيح البخاري، مرجع سابق، ص ٨٧٠ (كتاب المغازي، باب غزوة الطائف، رقم الحديث ٤٣٢٦) ؛ وينظر : صحيح مسلم، مرجع سابق، ص ٥٤ (كتاب الايمان، باب بيان حال ايمان من رغب عن ابيه وهو يعلم، رقم الحديث ٢٢٠) . واللفظ للامام البخاري .

^(١١٣) سورة الاسراء اية ٣٢ .

خامسا : ان الغرض الاساسي من تشريع العدة يأتي في هذا الاطار ايضا ، فقد شرعت العدة لمنع اختلاط الانساب ذلك ان المراد منها هو معرفة براءة رحم المرأة من أي حمل متوقع من زوجها الاول قبل ان يتاح لها التزوج بغيره ، فضلا عن وجود غايات ثانوية اخر للعدة (١١٤).

الا انه تبقى الغاية الاساسية منها والمقصودة بالذات من تشريعها هي عدم اختلاط الانساب، اذ بانتهاء فترة العدة لايبقى مجال للشك من براءة رحم المرأة وعدم وجود حمل من زوجها الاول، وتكون بذلك قد حققت احد اهم مقاصد الشريعة الاسلامية وهي حفظ النسل وسلامة الانساب من الاختلاط .

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان هناك من يرى ان الغاية الاساسية والمقصودة بالذات من تشريع العدة هو " جعلها علامة مميزة وحاجزا منيعا بين عقد الزواج والدعارة ، فلولا العدة لكان بإمكان المرأة ان تتزوج في اليوم الواحد اكثر من مرة لو ارادت ذلك وحينئذ يتصور اختلاط الانساب ، فضلا عن الامراض والعلل التي تجرّها تلك الزيجات المتتالية الى المجتمع " (١١٥).

في حين نرى ان هذه وان كانت احدى الغايات المعتبرة في تشريع العدة ، لكنها مع ذلك تبقى غاية مقصودة تبعا وليست المقصودة بالذات ، وان الغاية المقصودة بالذات والمراد تحقيقها من العدة هي التأكد من براءة الرحم وعدم اختلاط الأنساب ، وهي فضلا عن ذلك لحكمة إلهية عظيمة لا يعلمها الا من شرعها فهو الحكيم العليم علام الغيوب .

سادسا : منع الاسلام المساس بالنسب نهائيا، ولا يبطل نسب الطفل الا بأمر استثنائي نادر وهو اللعان بين الزوجين، وعد الاسلام مجرد التهمة بالنسب او التشكيك فيه موجبا لحد القذف الثابت بالكتاب، لقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (١١٦) كما عده رسول الله (ﷺ) من الكبائر ، اذ جاء عن ابي هريرة (رضي الله عنه) عن رسول الله (ﷺ) انه قال : ((اجتنبوا السبع

(١١٤) الجدير بالذكر ان هناك غايات اخر للعدة منها اظهار الحزن والاسف لوفاة الزوج اذا كانت العدة عدة وفاة، وكذلك اعطاء الزوج فرصة لمراجعة زوجته في اثناء العدة اذا كان الطلاق رجعيا، واعطاؤها فرصة لاستئناف الحياة الزوجية بعقد جديد اذا كان بائنا، وللمزيد من التفصيل ينظر: بدران ابوالعنين بدران، الفقه المقارن، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٥٦ .

(١١٥) د. فاروق عبدالله كريم، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤، ص ٢٤٤ .

(١١٦) سورة النور اية ٤ .

المويقات ... الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق واكل الربا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات))^(١١٧).

و نظرا لأن ثبوت النسب اساس هام لأحكام كثيرة ومتنوعة ، حيث تترتب عليه أحكام شرعية عديدة كأحكام الارث واحكام النكاح حلا وحرمة وأحكام الولاية ودرجاتها كثبوت الولاية على الصغير وولاية الزواج وأحكام النفقة وتنسيق المسؤوليات المتعلقة بها وأحكام الوصية من صحة وبطلان ونحو ذلك مما اسلفناه سابقا^(١١٨) ، لذا عنيت الشريعة الاسلامية بالنسب واحكام ثبوته وكيفية انتفائه اهتماما بالغاً واحاطت جميع هذه المسائل بسياج منيع تحويه النصوص والأدلة الشرعية الكثيرة الواردة في هذا الاطار هذا من جانب الشريعة الغراء.

أما من جانب القوانين الوضعية فنجد ان اعتناء التقنيات عموما بموضوع النسب كان ظاهرا ، وذلك عن طريق تخصيص مواد محددة في القوانين لهذه الرابطة، وهم عموما قد سلكوا من أجل تحقيق ذلك اتجاهين هما :

الاتجاه الاول - وهو ما سلكه المقنن العراقي وكثير من مقنني الدول العربية التي تستمد قوانينها من الشريعة الاسلامية من هذه الناحية، اذ قامت هذه الدول بوضع قانون خاص بالاسرة واحكامها يسمى غالبا بقانون الاحوال الشخصية^(١١٩).

^(١١٧) صحيح البخاري: مرجع سابق، ص ١٣٨٥ (كتاب الحدود، باب رمي المحصنات، رقم الحديث ٦٨٥٧).

^(١١٨) للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي رحمه الله تعالى ، المجلد ٢، ط ٨، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠٧، ص ٢٠١ .

^(١١٩) ينظر في هذا الصدد: قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وقانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ ، وقانون الاحوال الشخصية الكويتي النافذ رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ المعدل ، وقانون الاحوال الشخصية المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل ، وقانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل ، وقانون الاسرة الجزائري وقانون حقوق العائلة اللبناني النافذ رقم ١٩١٧ والمعدل بقانون تنظيم المحاكم الشرعية لعام ١٩٤٢ وقانون الاتحاد الاماراتي للاحوال الشخصية النافذ رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ .

الاتجاه الثاني - وهو اتجاه المقنن الفرنسي وكثير من مقنني الدول الغربية، اذ قامت هذه التقنيات بتخصيص مواد من القانون المدني خاصة لأحكام الاسرة والنسب، ولم تقم بجمع هذه الاحكام في اطار قانون خاص كما هو الحال عليه مع أصحاب الاتجاه الأول ، وهذا ما سيتم توضيحه تباعاً (١٢٠).

ولقد تجسدت القوانين في الواقع العملي والتطبيقي لدى القضاء ، فجاءت قرارات القضاء مؤكدة هي الأخرى على اهمية المحافظة على الانساب وصيانتها من الفساد والضياع والاضطراب، وان لا يتم نفي النسب الا باقوى الاسباب والادلة القاطعة ، فقد ورد في هذا الخصوص وفي قرار لمحكمة الاحوال الشخصية العراقية انه "الدعوى المدعي والمرافعة الحضورية والعلنية حيث ادعى بأن المدعي عليها مطلقته دون عقب الا ان المدعي عليها نسبت اليه الطفلة (رويدة) تولد تولد ٢٠٠١/٥/٩ بموجب الدعوى المرقمة /١٥٩٧/٢٠٠٦ المقامة امام هذه المحكمة وانها ابرزت شهادة ميلاد تدعى فيها ان الطفلة رويدة من صلبه وحيث انه غير قادر الاخصاب والانجاب بموجب تقارير طبية فانه يطلب نفي نسبها اليه اطلعت المحكمة على صورة قرار هذه المحكمة المرقم /١١٣٠/ في ٢٠٠٦/٤/١٨ والمتضمن تصديق الزواج بين المتداعين بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٢٩ والمكتسب الدرجة القطعية كما اطلعت المحكمة على شهادة ميلاد الطفلة رويدة المرقمة /٦٢٨٣٧٠/ في ٢٠٠١/٥/١٣ والمثبت فيها تولد الطفلة رويدة في ٢٠٠١/٥/٣١ وان اسم ابوها حيدر شاکر محمود واسم الام منى علي حسن، كما اطلعت المحكمة على تقرير طبي صادر من مستشفى الكاظمية الخاص الاهلي المرقم /٣٥/ في ٢٠٠٦/٤/٤ والمعنون الى من يهمله الامر والمتضمن - اجريت للسيد حيدر شاکر محمود عملية دوالي للخصية اليسرى من قبل الجراح الاستشاري د جميل الجلي وذلك بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/١٤ وكانت العملية ناجحة وان عدد الحيامن المنوية الان ٤٥٠٠٠ ان الصحة العامة للسيد حيدر شاکر محمود جيدة ان شكواه هي عدم الاخصاب - كما اطلعت على كتاب دائرة صحة بغداد الرصافة مستشفى الامين المرقم /٤٢/ ٤٥٠ في ٢٠٠٦/٧/٤ والمتضمن ما يلي - بعد اجراء الفحص الطبي على السيد حيدر شاکر محمود تبين انه اجريت له عملية دوالي الخصية اليسرى بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٤ وكانت العملية ناجحة علما ان شكواه هو عدم الاخصاب وحسب كتاب مستشفى الكاظمية الخاص الاهلي المرقم ٣٥ في ٢٠٠٦/٤/٤ - ولاحظت المحكمة ان هذا الكتاب هو مطابق للكتاب الصادر من مستشفى الكاظمية الخاص الاهلي ولم يرد فيه شيء

(١٢٠) تنظر في هذا الصدد : المواد / ٣١٢ - ٣٧٠ من القانون المدني الفرنسي النافذ لسنة ١٨٠٤ المعدل، وقانون الزواج لجمهورية الصين الشعبية النافذ المجاز في الاجتماع ٢١ للجنة الدائمة للمجلس الوطني التاسع في ٢٨ / ٤ / ٢٠٠١ والمتاح على العنوان الالكتروني الاتي:

جديد او اضافة كما ورد في الكتاب المذكور، ومن خلال استجواب المدعي من قبل المحكمة تبين انه يعاشر زوجته وان الطفلة رويده قد انجبتها المدعية عليه وهي على ذمته وفي دار الزوجية، وانه بعد الانجاب استمر بمعاشرة زوجته وانه كان يمارس دوره الابوي للطفلة رويده وانه علم بأنه غير قادر على الانجاب من الطبيب المعالج بتاريخ ٢٠٠٢ لكنه استمر بمعاشرة زوجته المدعى عليها لغاية تركها لدار الزوجية عام ٢٠٠٤، كما انه لم يقيم باي اجراء قانوني سواء بتحريك الشكوى الجزائية ضد المدعى عليها او بغيره من الوسائل القانونية منذ تاريخ علمه بعدم قدرته على الانجاب ولحد اقامة هذه الدعوى وبرر ذلك بكونه شاب قليل الخبرة في حينه وخوفا على سمعته وسمعة المدعي عليها، اما المدعي عليها فانها بينت بان الطفلة رويده هي من فراش الزوجية مع المدعي وانكرت ما ادعى به، ومن خلال تدقيق المحكمة وجدت ان الادعاء ينصب على كون المدعي غير قادر على الانجاب، وعندما كلفته المحكمة باثبات ذلك الادعاء ابرز الكتابيين المشار اليهم في اعلاه ولم يتضمن أي مفردة او جملة تفيد بعدم قدرته على الاخصاب وانما الحال كان اقرار لواقعة اجراء العملية الجراحية فقط دون الاشارة الى ما ادعى به، ومن جانب اخر فان الانجاب لا يكون الا ثمرة لعلاقة واتصال بين ذكر وانثى بغض النظر عن كونها شرعية او غير شرعية، لذا فان الطفلة رويده حينما حملت بها امها وانجبتها فانها لا بد وان تكون ثمرة لعلاقة واتصال مع ذكر سواء كان المدعي او سواه، وربما انه قد انكر ان يكون الحمل قد حدث من صلبه ومائه الذكري فإن الفرضية تسير نحو كون المدعي عليها قد حملت من غيره اثناء قيام العلاقة الزوجية بينه وبينها، وفي هذه الحالة تكون المدعية على اساس الفرض المذكور قد ارتكبت احد الفعلين اللذين جرمهما قانون العقوبات العراقي المرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وفي المواد ٣٧٦-٣٧٧، وفي المادة ٣٧٦/ اورد المشرع العراقي وصفا يتعلق بكون المدعي عليها على اساس الفرض قد تزوجت برجل اخر وهي على ذمة زوجها، فتكون توصلت الى عقد زواج باطل مع علمها ببطلانه واوجب عليها عقوبة جزائية تصل الى حد السجن لمدة لا تزيد على سبع سنوات، وأما في المادة ٣٧٧/ فقد بين ارتكاب الزوجة جريمة الزنى فتعاقب بالحبس فقط، وكما ورد سلفا فان الطفلة رويده لم تحمل بها امها الا بثلاثة اوصاف اما من زوجها المدعي او تزوجت وارتبطت برجل اخر او انها ارتكبت جريمة الزنى، وحيث انه انكر نسب الطفلة له فان الصورتين الاخيرتين المفترضتين لتحقق الحمل والانجاب لا يمكن اثباتهم او الاعتداء بهم الا بموجب حكم قضائي بات صادر من محكمة الجزاء المختصة، ومن ذلك ولعدم وجود مثل هذا القرار وبموجب اقرار المدعي بأنه لم يحرك الشكوى تجاه هذا المطلب، ومن جانب اخر فان التقارير المرفقة طي الدعوى لم تشير من قريب او بعيد الى ان المدعي غير قادر على الانجاب، وان فحص الاجنة ومطابقتها الذي طلبه المدعي لا يمكن اجابته عنه الا اذا توفر الدليل القطعي على ان المدعي لا ينبغي وغير قادر على ذلك وبموجب

قرار لجنة طبية مختصة وانه هو المكلف باثبات ذلك الدفع الا انه لم يقدم ما يشير إليه، كما لم تجد المحكمة ما يشير الى وجود قرار حكم قضائي صادر من محكمة مختصة يتعلق بثبوت ارتكاب المدعي عليها لجريمة سواء على وفق احكام المادة /٣٧٦ او ٣٧٧ عقوبات حتى يمكن للمحكمة اللجوء الى فحص مطابقة الانسجة او الاجنة الذي طالب به المدعي، كما ان معاشره الزوج لزوجته للفترة من تاريخ ٢٩/٣/٢٠٠٠ ولغاية عام ٢٠٠٤ الذي ادعى بأنه تاريخ ترك المدعي عليها دار الزوجية ورعايته للطفلة رويده منذ ولادتها في ١٣/٥/٢٠٠١ وان المدعي عليها انجبتها في دار الزوجية، وان مدة الحمل بين الزواج والولادة هي اكثر من عام ومتحققة فيها المدة الشرعية والقانونية لاقبل مدة الحمل بالاضافة الى ادعائه بأنه كان يعلم بعدم قدرته على الاخصاب في عام ٢٠٠٢ ومع ذلك استمر بالعلاقة والمعاشره الزوجية ورعاية الطفلة والانفاق عليها كأب لها ورب للاسرة، فهذه الظروف تستتبط منها المحكمة القرائن التي تؤيد دفع المدعي عليها ودحض ادعاء المدعي، كما ان الثابت فيها فقها وشرعا ان النسب لا يتم نفيه الا باقوى الاسباب والادلة القاطعة، لذلك ومما تقدم ولعدم وجود أي سبب او دليل يشير الى عدة قدرة المدعي على الانجاب او حتى قرينة ترقى الى مستوى اليقين فان المحكمة ترى ان الدعوى غير متوافرة على اسبابها الثبوتية، وبالطلب قرر الحكم برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة المدعي عليها المحامي احمد عبد الله مبلغ قدره خمسة الاف دينار استنادا لاحكام المواد /١٠ و ٥٠ احوال شخصية و ٢١ و ٢٥ و ١٠٢ و ١٠٣ اثبات و ١٦١ و ١٦٣ و ١٦٦ و ٣٠٠ مرافعات و ٦٣ محاماة حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في ٦/٧/٢٠٠٦ الموافق ٩/جمادي الثاني / ١٤٢٧ هـ^(١٢١).

وبهذا يتضح لنا أهمية حق النسب عموما وحق النسب للجنين خصوصا سواء في الشريعة الاسلامية ام في القوانين الوضعية ام في الواقع التطبيقي في القرارات القضائية للمحاكم .

(١٢١) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية رقم /٢١١٦/ش/٢٠٠٦ في ٦/٧/٢٠٠٦ (قرار غير منشور).

المبحث الثاني

حالات ثبوت نسب الجنين

لابد بداية من الاشارة الى ان الولادة تعد السبب الوحيد والحصري لثبوت النسب بالنسبة للأم سواء أكانت هذه الولادة من عقد زواج صحيح ام زواج فاسد ام من وطء بشبهة ام عن غير طريق الزواج اصلا كالزنا ، فمتى ولدت المرأة طفلا تبث نسبه منها على أية حال سواء كان مجيء الطفل عن طريق حلال ام حرام ، اذ بمجرد ان تلد الام طفلها فان امومتها تثبت له، ويثبت للمولود تبعا لذلك اصول النسب وفروعه من جهة الام، فاولادها اخوته وابواها جده وجدته ، واولادهما اخواله وخالاته ، وهكذا يسري النسب في هؤلاء ايضا الى اولادهم وهذه الجهة واضحة لا تكاد تخفى لأن الولادة أمر معلوم وواضح وعادة لا يقع فيها اشكال ولا نزاع الا ما يحصل عادة من حالات الاشتباه في المواليد^(١٢٢).

اما ثبوت النسب من الاب ففيه تفصيل نبده في بيان مدة الحمل للمرأة ، ذلك ان لتحديد اقصى مدة للحمل دورا مهما في قضايا النسب وكذلك في مسألة ميراث الحمل، لان معرفة اقصى مدة للحمل له تاثير في اعتبار ان الحمل يرث ام لا يرث ، اذ النطفة في الرحم يمكن عدها من جملة الورثة ، وذلك بتحقق شروط اعتبار حياة المورث ، لان النطفة اذا لم تفسد تكون معدة للحياة اذ يتكون منها انسان حي ، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل^(١٢٣).

والمقصود عادة بمدة الحمل هي الفترة الزمنية التي يتكون فيها الجنين في بطن امه الى ان يخرج منها مولودا وهذه المدة بالطبع لها حدان^(١٢٤) :

(١٢٢) ينظر: بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن، مرجع سابق، ج٢، ص٤٨٨ ؛ وللمزيد من التفصيل تنظر: المواد / ٥١-٥٤ من قانون الاحوال الشخصية العراقي الخاصة بالنسب.

(١٢٣) للمزيد من التفصيل حول اراء الفقهاء المسلمين في تحديد مدة الحمل ينظر : محمد سلام مذكور ، مرجع سابق ، ص١٤٢ ، ٢٨٧.

(١٢٤) ينظر : د. احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١ ، ط٢ ، الزواج والطلاق واثارهما ، مطبعة الارشاد ، بغداد ١٩٧٢ ، ص٣١٧.

الحد الاول : حد ادنى لا يمكن عادة ان يتكون الجنين ويولد حيا في اقل منها ، وقد اتفق الفقهاء على ان اقل مدة للحمل هي ستة اشهر استدلالا بقوله تعالى ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(١٢٥) ومن قوله تعالى ايضا ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(١٢٦) فحددت الاية الاولى مدة الحمل والفسام بثلاثون شهرا ، وحددت الاية الثانية مدة الفصام وحده باربعة وعشرون شهرا، فيبقى اذن مدة الاية الاولى ستة اشهر هي ادنى مدة للحمل^(١٢٧) .

الحد الثاني : حد اقصى لا يمكن للجنين ان يمكث في بطن امه اكثر منه ، ولم يتعرض القران الكريم لاقصى مدة للحمل ، ولم يثبت في ذلك شيء من السنة الصحيحة المتفق عليها بين الفقهاء ، ولعل ذلك هو سبب اختلافهم الشديد في هذه المسألة ، فبينما ذهب الحنفية الى ان اقصى مدة للحمل سنتان ، ذهب الشافعية واصح الروايات عند احمد الى ان اقصى مدة الحمل اربع سنين ، في حين ذهب المالكية الى انها خمس سنوات ، بينما ذهب الجعفرية الى انها عشرة اشهر^(١٢٨) .

وفي هذا السياق لا بد ان ننبه الى ان هناك حد ثابت هو حد غالب على اكثر النساء ، اذ جرت العادة على ان اغلب مدة للحمل تسعة اشهر وهي ما تدل عليه الاستقرارات والمشاهدة^(١٢٩) .

ولهذا فان ثبوت النسب من الاب يتم عادة باحد الاسباب الاتية^(١٣٠):

أولا :- بعقد الزواج صحيحا كان ام فاسدا ، ام تم الاتصال الجنسي بالمرأة بناء على شبهة .

ثانيا:- الاتصال الجنسي بالجارية التي يملكها ملك يمين ، وهذا الامر بالطبع قد انتهى في العصر الحاضر ، لأن الاسلام حارب الرق ودعا إلى انهاءه .

^(١٢٥) سورة الاحقاف اية ١٥ .

^(١٢٦) سورة لقمان اية ١٤ .

^(١٢٧) ينظر : الشيخ محمد علي الصابوني ، روائع البيان في تفسير آيات الاحكام من القران الكريم ، ج ٢ ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٣١ .

^(١٢٨) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٣١٨ .

^(١٢٩) ينظر : المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٣١٨ .

^(١٣٠) للمزيد من التفصيل ينظر : بدران ابوالعينين بدران، الفقه المقارن ، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٩٨ .

وجدير بالتنويه هنا ان المرأة اذا تزوجت زواجا صحيحا مستوفيا لشروطه واركانه كافة، فان عقد الزواج بحد ذاته يعد سببا لصحة النسب من غير حاجة الى اعتراف صريح أو اقامة بيينة على البنوة لقوله (ﷺ) في الحديث الوارد عن أبي هريرة (رضي الله عنه) انه (ﷺ) قال ((الولد للفراش وللعاهر الحجر))^(١٣١) اخرج الامام البخاري .

كما ان ثبوت نسب الطفل من الرجل الذي دخل بمن تزوجها زواجا فاسدا - وهو ما استوفى اركانه وشروط انعقاده وفقد شرطا من شروط صحته، كما اذا كانت الزوجة محرمة عليه وعقد عليها وهو لا يعلم انها محرمة عليه - فاذا حصل حمل من هذا الدخول يثبت نسب الطفل من الرجل وذلك احتياطا في احياء الطفل وعدم تضييعه^(١٣٢) .

والملاحظ في هذا الصدد انه لم يرد نص في القانون العراقي حول ثبوت النسب من النكاح الفاسد او الدخول بشبهة او من المعتدة من طلاق رجعي او بائن او من وفاة ، مع عدم تحديد اقصى مدة للحمل ايضا ، وهذا يعد بتقديرنا نقصا واضحا بالقانون كان من الاجدر بالمقنن تلافيه ، في حين نصت القوانين الاخر كقانون الاحوال الشخصية الكويتي في المادة/٥٠ على انه " كل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسدا ويترتب على الدخول فيه : وجوب الاقل من المهر المسمى ومهر المثل عند التسمية ومهر المثل عند عدمها - ثبوت نسب الاولاد بشرائطه ونتائجه المبينة في هذا القانون - وجوب العدة عقب المفارقة رضاء او قضاء او بعد الوفاة - حرمة المصاهرة " ^(١٣٣) .

^(١٣١) صحيح البخاري، مرجع سابق، ص ١٣٧٧ (كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، رقم الحديث ٦٨١٨)؛ وينظر: الامام ابو عبد الله بن يزيد القزويني (٢٠٧ - ٢٧٥ هـ) ، سنن ابن ماجه، ج ١، حقه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث ، القاهرة، من دون سنة طبع ، ص٦٤٦ (كتاب النكاح، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر، رقم الحديث ٢٠٠٦) واللفظ للامام البخاري.

^(١٣٢) للمزيد من التفصيل ينظر: بدران ابوالعينين بدران، الفقه المقارن ، مرجع سابق، ج ١، ص ١٧٧.

^(١٣٣) تنظر : المادة /٤٢ من قانون الاحوال الشخصية الأردني والمادة / ١٣٢ - ١٣٣ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمواد /٣٣-٣٥ من قانون الاسرة الجزائري، وفي هذا الخصوص نصت المادة/٧٦ من قانون العائلة اللبناني على انه "اذا حصلت المقاربة -أي الدخول- في النكاح الفاسد يلزم بها المهر والعدة ويثبت بها النسب وحرمة المصاهرة انما لا يثبت الاحكام التي كالنفقة والتوارث" .

أما بخصوص شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح فهي^(١٣٤) :

أ - امكانية حمل الزوجة من الزوج ، ويتحقق ذلك بأمرين، أولهما - أن يكون الزوج ممن يتصور منه الاحبال عادة بأن يكون بالغاً ، وثانيهما - امكانية تلاقي الزوجين بعد العقد .

ب - ان تكون ولادتها للطفل بعد مضي ستة اشهر من الخلوة او الدخول الصحيح ، فأذا ماولدت الزوجة لأقل من ستة اشهر من حين العقد الصحيح عليها فلا يثبت نسبه من الزوج بالفراش، لان هذه المدة هي اقل مدة يحتاج اليها الجنين حتى يولد حيا ، فإذا جاءت بالولد قبل مضي هذه المدة بعد عقد الزواج كان ذلك دليلا على ان الحمل به قد حدث قبل الزواج فلا يثبت نسبه من الزواج الا إذا دعاه واقر الزوج بأنه ابنه ولم يصرح انه من الزنا، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالاقرار منه لا بالفراش .

وفي هذا الصدد اكد القضاء العراقي ايضا في قراره الاتي " ان نسب الولد يثبت من ابيه حال قيام الزوجية اذا ولد لستة اشهر أو اكثر.. " ^(١٣٥)، في حين سلك القضاء السوري مسلكا مخالفا ومغايرا واعتبر حالة غياب الزوج في بلد بعيد اكثر من مدة الحمل، قرينة على عدم تلاقيهما ومايرتبه من اثر في عده سببا لإمكانية نفي نسبه، وهو ما اوضحه القرار الآتي الصادر عن محكمة النقض السورية بأنه " يجوز نفي النسب اذا ثبت عدم تلاقي الزوجين بسبب وجود الزوج في بلد بعيد في اكثر مدة الحمل، اما اذا كان في بلد قريب بحيث يمكن ان يتلاقى مع زوجته فإن الولد ينسب اليه كأن يكون الزوج في لبنان والزوجة في سوريا.. " ^(١٣٦).

^(١٣٤) للمزيد من التفصيل ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٤٩٩ .
^(١٣٥) قرار محكمة التمييز العراقية رقم / ١٣٤١ / شخصية / ٢٠٠٠ في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٠ " قرار غير منشور".

^(١٣٦) قرار محكمة النقض السورية رقم / ٢٤ / في ٣١ / ١ / ١٩٦٨ نقلا عن: عزة الضاحي، الاجتهاد القضائي في ربع قرن، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الاحوال الشخصية من عام ١٩٥٣ - ١٩٧٩، ص ٢٢٣.

وهذا الاتجاه معقول يستحق التأييد الى حد ما في عد امكانية التلاقي لا مجرد عقد الزواج قرينة على ثبوت نسب الطفل الى الزوج وهي قرينة شرعية قانونية قاطعة غير قابلة لاثبات العكس بأدلة الاثبات العادية من اقرار ويمين وشهادة، انما بوسيلة شرعية خاصة متمثلة باللعان وهومانستدل منه على قوة هذه القرينة وحجيتها في الاثبات التي فاقت بها سواها من الادلة الاخر (١٣٧).

ج - ان لا تتجاوز مدة الحمل اقصى مدة ممكنة من تاريخ الفرقة بين الزوجين ، وقد اختلف في تحديد اقصاها بين تسعة اشهر وسنة ، كذلك الحال بالنسبة لثبوت النسب في الزواج الفاسد او في الوطاء بشبهة فيثبت النسب، وذلك لان سببه هو الدخول الحقيقي وليس عقد الزواج ، اذ لا فراش من الزواج الفاسد الا بدخول حقيقي (١٣٨).

فاذا ولدت امراة متزوجة زواجا فاسدا لاقل من ستة اشهر من حين الدخول الحقيقي بها او فارقتها فولدت له طفلا لاكثر من اقصى مدة للحمل لم يثبت نسب هذا الطفل من زوجها الا اذا ادعاه ، اما اذا ولدت لستة اشهر او اكثر من حين الدخول ولم تزد العدة بين المفارقة والولادة عن اكثر مدة الحمل فان النسب يثبت بالفراش من غير الحاجة لادعاء زوجها اياه، وكذلك الحكم بالنسبة للموطوءة بشبهة فان اتت بالطفل بعد مضي ستة اشهر او اكثر من وقت الوطاء ثبت نسبه من الوطاء لتأكد الحمل منه ، وان اتت به قبل مضي ستة اشهر لا يثبت منه لتأكد ان الحمل حدث قبل ذلك ، الا اذا ادعاه ثبت نسبه منه ، اذ قد يكون وطأها قبل ذلك بشبهة اخرى ، فاذا كان الاتصال بالمرأة ليس قائما على عقد صحيح او عقد فاسد او شبهة تمحو وصف الزنا عن الرجل فان النسب لا يثبت ، فمن زنا بامرأة وجاءت بطفل لا يثبت نسب الطفل من الزنا ولو اتت به بعد مضي ستة اشهر من وقت الزنا ، لان الشريعة الاسلامية اهدرت الزنا وابطلت ما كان عليه اهل الجاهلية من اعتباره مثبتا للنسب ، فالنسب نعمة من نعم الله تعالى ، والزنا محرم شرعا وليس من العقل والمنطق ان تتال النعم بارتكاب المحظور (١٣٩).

(١٣٧) تنظر: المواد / ٩٨ و ١٠٠ و ١٠١ من قانون الاثبات العراقي والمادة / ٩٩ من قانون الاثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل. والمواد / ٢٩٩ و ٣٠٠ و ٣٠١ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل. والمادة / ٤٠ من قانون البيئات الاردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل والمادة / ٦٩ من قانون البيئات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل. والمادتان / ١٥٤ و ١٥٥ من قانون الاثبات اليمني النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ المعدل .

(١٣٨) للمزيد من التفصيل ينظر: السيد سابق، مرجع سابق، المجلد ٣، ص ٤١٣.

(١٣٩) ينظر: بدران العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٠٧.

وهنا لا بد ان نؤكد على مسألة هي من اصول التشريع عموماً سواء عند مذهب اهل السنة ام الشيعة تستدعي عدم جواز الحكم على انسان تولد من ماء انسان انه ابن زنا متى امكن حمله على انه ابن شبهة ، فاذا توافر لدى القاضي تسع وتسعون حيثية من حيثيات الدعوى للحكم بانه ابن زنا ، وحيثية واحدة بانه ابن شبهة ، وجب عليه الاخذ بهذه الحيثية الاخير ترجيحاً للحلال على الحرام وللصحيح على الفاسد (١٤٠) .

وينبغي الاشارة الى ان المقنن العراقي لم يتطرق بصورة واضحة ومحددة لأسباب النسب ، وانما حدد شروط الزواج الصحيح الذي من خلاله ينسب الولد الى ابيه ، وذلك استناداً الى نص المادة / ٥١ من قانون الاحوال الشخصية التي نصت على انه " ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين الآتيين: ١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة حمل . ٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً " .

والملاحظ على نص المادة انها لم تحدد مدة للحمل، وكان الاجدر بالمقنن العراقي ان يحدد بصورة واضحة وملائمة مع معطيات هذا العصر اقل مدة حمل واقصى مدة حمل في نص صريح منه ، في حين كانت القوانين الاخر اكثر وضوحاً وشمولية في ذلك وسوف نوضح ذلك لاحقاً (١٤١) .

(١٤٠) ينظر : بدران العيين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٠٩ .
(١٤١) تنظر: المواد / ٣٤ و ٤٢ و ٤٣ و ١٤٧ و ١٤٨ من قانون الاحوال الشخصية الاردني ، والمواد / ١٦٦ - ١٨٠ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة / ١٥ من قانون الاحوال الشخصية المصري ، والمواد / ١٣٠ - ١٣٣ من قانون الاحوال الشخصية السوري ، والمادتان / ٣٢ - ٣٣ من قانون الاسرة الجزائري والمادتان / ٩٠ و ٩١ من قانون الاتحاد الاماراتي للاحوال الشخصية، والمادة / ٧٨ من مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد التي نصت على انه " يثبت بالزواج الصحيح وبالاقرار والبينة وينكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد / ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من هذا القانون " والمشار اليه في: المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدرها الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، ع ٢٤، س ٢، تشرين الاول، ١٩٨٥، ص ٢٤. في حين خصص القانون المدني الفرنسي اسباب النسب عن طريق تحديد انواع النسب وهي النسب الشرعي أي نسب الولد الذي تأتي به الزوجة في أثناء الزواج، تنظر: المواد / ٣١٢ - ٣٣٣ من القانون المدني الفرنسي، والنسب الطبيعي وهو الابوة خارج نطاق الزوجية، تنظر: المواد / ٣٣٤ - ٣٤٣ منه، والنسب عن طريق التبني تنظر: المواد / ٣٤٣ - ٣٧٠ منه، وبهذا فان القانون المدني الفرنسي لا يميز بين الاطفال من زواج والاطفال الذين يولدون من دون زواج والديهم ويكون القانون قد نظم جميع الاحوال التي ينشأ من خلالها الطفل.

وقد كان العمل بالعراق جارياً حول اقصى مدة الحمل على مذهب الامام ابي حنيفة النعمان في اعتبار مدة الحمل سنتان ، وعندما صدر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لم يتطرق كما هو ملاحظ في نص المادة اعلاه الى اقصى مدة الحمل ، وهذا بتقديرنا نقص لا يتلاءم مع روح العصر والمعطيات الطبية الجديدة كما بينا ، ولذلك يجب على القاضي الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية ، فيحكم بمقتضى مبادئها الاكثر ملائمة وهذه الملائمة بالطبع خاضعة للثوابت العلمية الطبية^(١٤٢).

اما فيما يخص الشرط الثاني من نص المادة اعلاه وهو ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً ، فقد اخذ المشرع العراقي بمذهب جمهور الفقهاء من الائمة الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية وهو الرأي الاول الذي جعل امكانية التلاقي بين الزوجين شرطاً لثبوت النسب فيه ، فلا يكفي لتحقيق الفراش وثبوت النسب وجود العقد الصحيح فقط ، بل يلزم ايضا ان يكون التلاقي ممكناً عادة بين الزوجين ، الا انه اختلف الفقهاء حقيقةً في المراد بهذا الامكان وهل هو العقلي او العادي ؟ فذهب الرأي الأول وهو رأي الائمة الثلاثة انه الامكان العادي لندرة الامكان العقلي ، فلا يكفي هنا مجرد الامكان العقلي لانه نادر الحدوث والاحكام الشرعية بطبيعتها انما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر ، وتطبقاً لهذا المذهب لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد صحيح ما لم يثبت امكانية التلاقي الفعلي الحسي بين الزوجين ، وعلى هذا لو ان رجلاً مشرقياً تزوج بامرأة مغربية ولم يلتقيا ثم اتت بولد بعد اقل مدة الحمل ، او ان رجلاً سجيناً عقد له وكالة على امرأة خارج السجن ولم يلتقيا مطلقاً ، ثم جاءت بولد بعد اقل مدة الحمل ، فان نسب الولد لا يثبت للزوج في الحالتين ، لان العقد لا يقام مقام الوطاء الا حيث يكون مظنة له ، وعند عدم مكانه يقطع بانه ليس مظنة له ، ولانه ليس من الاحتياط في اثبات النسب ثبوته مع القطع بعدم امكان الدخول^(١٤٣).

اما الرأي الثاني فهو رأي الائمة الحنفية الذي جعل مجرد العقد سبباً لثبوت النسب ، وبين ان المراد من الامكان هو الامكان العقلي ، فمجرد وجود عقد الزواج الصحيح كاف لتحقيق الفراش وثبوت النسب دون اشتراط ثبوت اتصال الزوجين وتلاقيهما ، فما دامت مظنة الاتصال بينهما قائمة فان الولد الذي تضعه الزوجة ينسب لزوجها وان كان تلاقيهما مستحيلاً عادة ، فاذا تزوج رجل بامرأة ولم يلتقيا بعد العقد ولم يكن في الامكان تلاقيهما عادة ثم اتت بولد بعد مضي المدة المقررة شرعاً لا يثبت النسب شرعاً عند الائمة الثلاثة ، اما عند الحنفية يثبت النسب حتى

^(١٤٢) تنظر : المادة /١-٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي نصت على انه " اذا لم يوجد نص

تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " .

^(١٤٣) ينظر د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٣٢١ .

انهم قالوا لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بينهما مسافة سنة فولدت لستة اشهر منذ تزوجها ثبت النسب، لان التقاء الزوجين وان كان لا يمكن عادة الا انه يمكن عقلا لاحتمال ان يكون الزوج من اصحاب الكرامات الذي تطوي لهم المسافات البعيدة^(١٤٤) .

وقد ذهب فقهاء الحنفية الى ابعد من ذلك اذ اثبتوا نسب المولود لابيه اذا ولد لستة اشهر من تاريخ عقد النكاح حتى ان كان الزوج قد طلق زوجته عقيب مجلس العقد دون ان يكون هناك احتمال او فرصة للدخول^(١٤٥) .

وفي هذا فالائمة الحنفية يعتبرون العقد ولا يعتبرون الوطء وذلك لأن رسول الله (ﷺ) نفى النسب عن الزاني مع تحقق وطئه فدل على عدم اعتباره وصار الاعتبار بالعقد الذي هو مظنة الوطء^(١٤٦) .

في حين لم يكتف اصحاب الرأي الثالث بمجرد العقد الصحيح للقول بثبوت النسب ، وانما اشترطوا الدخول الحقيقي بالمرأة ، فاذا انتفى ذلك انتفى نسب المولود لابيه ، وذهب الى هذا الراي شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه الامام ابن قيم الجوزية رحمهم الله تعالى^(١٤٧) ، كذلك ذهب الى هذا الراي فقهاء الجعفرية^(١٤٨) ، وهناك راي لقسم من الفقهاء الحنفية قريب من هذا الراي الذي هو العقد ولا يشترط الدخول ولكن لا بد من الخلوة الصحيحة^(١٤٩) .

^(١٤٤) ينظر : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٣ ، ط ١ ، دار المعرفة ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ٣٨ ؛ محمد امين بن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٤٩٧ ؛ ويدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٤٩٩ .

^(١٤٥) مما تجدر الاشارة اليه ان الامام زفر ومحمد الاول ذهب الى القول ان النسب لا يثبت لان الوطء في هذا العقد غير ممكن لوقوع الطلاق عقبيه من غير مهلة ، في حين قال محمد الاخير ان النسب يثبت استحسانا لان النسب يحتال لاثباته ، وللمزيد من التفصيل ينظر : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٣٨ .

^(١٤٦) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٣٢٠ .

^(١٤٧) ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٠٠ .

^(١٤٨) ينظر : جعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي) ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ، ج ٢ ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ٨٧ . ومحمد بحر العلوم ، اضواء على قانون الاحوال الشخصية العراقي ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، ١٩٦٣ ، ص ١٣٥ .

^(١٤٩) للمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البرازية ، ج ١ ، ط ١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٠ ، ص ٥٤٠ .

ونرى ان الترجيح بين الآراء الثلاثة مسألة ليست سهلة، ولكن يمكننا ان نتذكر الحديث الشريف في ان اختلاف امتي رحمة، وقد اثمر هذا الخلاف كما لاحظنا التدرج بين التوسع والتوسط والتضييق ، وبهذا فانه يمكن الاخذ باحد الآراء حسب التقدير لحاجة العصر والوضع، ففي وقت يتطلب التوسع فناخذ براي الحنفية ، وفي وقت اخر يتطلب التضييق فناخذ براي ابن تيمية ، وفي وقت اخر يتطلب التوسط بين الرايين ناخذ براي الجمهور ، وذلك حسب الحاجة لذلك وظروف العصر الذي نعيشه والله اعلى واعلم .

فالرأي الاول للائمة الحنفية هو الاوسع من بين الآراء وانه يحقق فائدة مزدوجة ، ذلك انه يستر على الاعراض وكذلك يحمي الاولاد ويصونهم من الضياع ، فضلا عن انه يتفق مع معطيات العصر الحديث، العصر الذي يستطيع رجل وامرأة ان يتزوجا غايبا دون ان يلتقيا جسديا وان يثمر هذا الزواج عن طفل ينسب الى الزوج ، وكل ذلك يتم بواسطة عمليات التلقيح ومن خلال التقنية الجديدة للانجاب ، فيمكن الان بواسطة التلقيح الصناعي زرع ماء الزوج في رحم زوجته حتى وان كان الزوج بعيدا عن الزوجة وكان التلقيح العادي بينهما مستحيلا، اذ يكفي ان يوصل ماء الرجل الى رحم المرأة باية طريقة سواء بالطريقة الطبيعية ام بطريقة التلقيح الاصطناعي مما يعني ان معايير التلقيح بين الزوجان قد تغيرت في هذا الوقت .

وفي هذا المضمار لابد من التوقف من اجل ان نخرج الى مسألة هامة جدا وتعد من مستجدات العصر وهي مسألة حصول الحمل عن طريق التلقيح الصناعي، وان كان من النادر والمبكر لاوانه حصول هذا النوع من الحمل في المجتمعات الاسلامية، الا انه لا يستبعد انتشاره في ظل نظام العولمة الحالية، لذا ندعو المقننين عموما والمقنن العراقي خصوصا الى اصدار قوانين تنظم الآثار التي يمكن ان تنجم عن زواج كهذا وطفل يولد بهذه الطريقة، وان تكون مستمدة بالطبع من احكام الشريعة الاسلامية، ولتبيين بوضوح موقف القوانين المطابقة تماما للشريعة الاسلامية^(١٥٠).

(١٥٠) تجدر الاشارة الى ان المقصود بالتلقيح الصناعي هنا هو الجائر شرعا اذا كان بماء الزوج ودعت الحاجة اليه اذا كان هناك مانع يمنع من الحمل عن طريق الاتصال الطبيعي ، اما اذا كان ماء غير الزوج - الذي ظهر امره في بعض البلاد الغربية - فيكون محرما شرعا لما فيه من اختلاط للانساب، ويعد التلقيح الصناعي من مستجدات العصر التي فرضت نفسها عالميا لمعالجة حالات العقم عند النساء، وتتم العملية بالحصول اولا على بويضات من الزوجة بعد ان يتم حقنها بحقنة لتنشيط عملية التبويض ، وبعد اسبوعين تحقن الزوجة بحقنة هورمونات منشطة ، وعندما تكون البويضات جاهزة يتم نزع هذه البويضات من الزوجة وزرعها داخل انبوبة الاختبار بعد ان يضاف اليها ماء الزوج لكي يتم التلقيح ، ويبقى هذا المزيج داخل انبوبة الاختبار فترة حضانة بين ٣٨-٤٨ ساعة ، وفي هذا الوقت تكون البويضة الملقحة قد انقسمت على عدة خلايا ، ثم تزرع في رحم الزوجة ليبدأ الجنين بالنمو كالحمل العادي، وللمزيد من

من هذا المنطلق فقد قامت بعض الدول بسن قوانين خاصة لتقنين وسيلة التلقيح الصناعية مثل دولة النرويج اذ اصدرت قانون عام ١٩٨٨ تضمن ضوابط معينة لاستخدام تلك الوسيلة ، كان يتم التلقيح الصناعي في مراكز خاصة تساندها الحكومة للمتزوجين فقط، ومعرفة الزوجين باسم صاحب المنى المستخدم، فضلا عن تصريح خاص من الجهات الصحية المختصة بجلب المنى، وكذلك بالنسبة لقانون اسبانيا فهو مقارب الى حد ما مع الوضع في النرويج، مع اضافات اخر مثل شرط ان لا يقل عمر الفتاة عن ثمانية عشر سنة، وان يكون هناك اقرار مكتوب منها ومن زوجها عدا المطلقات او المنفصلات ، اما الارملة فلا بد من اقرار زوجها قبل الوفاة او في وصية لاستخدام منيه خلال ستة اشهر ، كذلك جرم القانون الايطالي هذه المسألة ، اذ اعتبر عمليات التلقيح الصناعي جريمة يعاقب عليها الزوجين بالحبس لمدة عام ، بينما اشترط القانون الفرنسي لاعتبار عمليات التلقيح الصناعي هذه مشروعة ان تتم بين الزوجين ، ويشترط ان تكون بمنى الزوج وبويضة الزوجة حصرا وان يكون ذلك بموافقتهما ، في حين اقره القانون السويدي وبذات الشروط التي اوردها القانون الفرنسي، بعكس الدول العربية التي لم تتطرق لمعالجة عمليات التلقيح الصناعي بالتنظيم القانوني المناسب^(١٥١)، باستثناء قانون الاسرة الجزائري في المادة/٤٥ منه اذ نصت على انه "يجوز للزوجين اللجوء الى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الاتية: ١- ان يكون الزواج شرعيا ٢- ان يكون التلقيح برضا الزوجين واثناء حياتهما ٣- ان يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، ولا يجوز اللجوء الى التلقيح الصناعي باستعمال الام البديلة" .

التفصيل حول صورته المختلفة وموقف الفقه والقانون والشريعة الاسلامية منه ينظر: د. شوقي زكريا

الصالحى ، مرجع سابق، ص ٧٠-٩٢ ؛ وينظر: عادل بن يوسف العزازي ، مرجع سابق، ص ١٤٣ .

(١٥١) للمزيد من التفصيل ينظر : د. شوقي زكريا الصالحى ، مرجع سابق ، ص ٢٥ وما بعدها .

لذا فالدعوة مفتوحة لمفني الدول العربية عامة وللمفني العراقي خاصة الى وضع نصوص قانونية مناسبة تحدد من خلالها الضوابط القانونية لعمليات التلقيح الصناعي، من حيث تحديد الجوانب المباحة التي لا تتعارض مع احكام الشريعة الاسلامية، وتجريم عمليات التلقيح الصناعي التي تتعارض مع احكامها ، وذلك لشدة خطورتها على اختلاط الانساب وتأثيرها البالغ على المجتمع والفرد والدولة^(١٥٢) .

اما بالنسبة للرأي الثالث للامام ابن تيمية وتلميذه العلامة الإمام ابن قيم الجوزية فهو الاضيق من بين الاراء، فطبقا لهذا الرأي فان الزوجة اذا انت بمولود لسته اشهر من حين العقد لا يثبت نسبه ، وان انت به لسته اشهر من حين الدخول يثبت نسبه ، والاخذ بهذا الرأي بالطبع يؤدي الى صعوبة ومشقة اثبات النسب والتشكيك بسلوك الزوجة والحاق الضرر بها ، لان المفروض وهو الاصل حمل حالها على الصلاح ، كما ان الدخول من الامور الخفية التي لا يستطيع احد غير الزوجين الاطلاع عليها ، لذلك كان من الصعب اثباتها^(١٥٣).

بينما يعد الرأي الثاني للائمة الجمهور وسطا بين الرايين السابقين ، فمجرد العقد وحده لا يعد سببا كافيا لاثبات النسب ، وانما يجب ان تقوم الى جانبه قرينة وهي امكانية الدخول ، فاذا تحقق ذلك يثبت النسب ، وقد جاء هذا الرأي بالطبع مقيدا من اطلاق الرأي الاول للاحناف وموسعا من نطاق الرأي الثالث لابن تيمية وتلميذه ، فاختمت بذلك نهجا وسطا وحقق الغاية المتوخاة ، وهي حفظ الانساب من الضياع من جهة ، وعدم تركها عرضة للتزوير والادعاءات من جهة اخرى ، ونتفق بدورنا مع اغلب فقهاء الشريعة المحدثون في تأييد هذا الرأي^(١٥٤)، والذي اخذ به قانون الاحوال الشخصية العراقي ايضا في نص المادة /٥١-١ من قانون الاحوال

(١٥٢) للمزيد من التفصيل حول موقف الشريعة الاسلامية من التلقيح الصناعي ينظر: د.شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص ٢٩.

(١٥٣) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، ط ٢ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦ ، ص ١٧.

(١٥٤) للمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٣٢١ ؛ وبدران ابو العينين بدران ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٠٠ ؛ ومحمد حسين الذهبي ، الاحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة ومذهب الجعفرية ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٥٨ ، ص ٣٣٣؛ وزكي الدين شعبان ، الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ، ط ٢ ، منشورات الجامعة الليبية ، ١٩٧١ ، ص ٥٦٩.

الشخصية العراقية وحسنا فعل المشرع في ذلك لانه الرأي الذي رجحناه^(١٥٥)، كما اخذت به قوانين الاحوال الشخصية المقارنة الاخر^(١٥٦).

كما ان الملاحظ على بعض القوانين العربية كالقانون الاردني انه قد بين بوضوح وشمولية اسباب النسب فخص الفصل الرابع عشر للنسب، وبين الحالات التي تسمع فيها دعوى النسب اذ نصت المادة /١٤٧ منه على انه " لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجه اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها اذا اتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة " وتطابقها المادة /١٥ من قانون الاحوال الشخصية المصري .

في حين نصت المادة /١٤٨ من قانون الاحوال الشخصية الاردني على ان " ولد الزوجة من زواج صحيح او فاسد بعد الدخول او الخلوة الصحيحة اذا ولد لسنة اشهر فاكثر من تاريخ الدخول او الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج واذا بعد فراق لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به من خلال سنة من تاريخ الفرقة " .

وبهذا النص تكون الزوجية قرينة قانونية قطعية على ان الولد الذي تاتي به الزوجة هو للزوج ، واذا لم يفتتح الزوج يستطيع اثبات عدم صحة ذلك بكافة طرق الاثبات المعهودة ، وكذلك الحال اذا جاءت به خلال سنة بعد الوفاة او الطلاق .

كذلك حدد المقنن الاردني الحالات التي يثبت فيها نسب الولد سواء أكان من زواج صحيح ام فاسد ام من وطء الشبهة وذلك في نصوص قانونية واضحة ، فحدد الحالات التي يكون الزواج فيها فاسدا في نص المادة /٣٤ التي نصت على انه " يكون الزواج فاسدا في الحالات التالية: ١- اذا كان الطرفان او احدهما غير حائز على شروط الاهلية عند العقد ٢- اذا عقد الزواج بلا شهود . ٣- اذا عقد الزواج بالاكراه . ٤- اذا كان شهود العقد غير جائزين للاوصاف المطلوبة شرعا . ٥- اذا عقد الزواج على احدى المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب او الرضاع . ٦- زواج المتعة او الزواج المؤقت " .

^(١٥٥) ينظر : المادة /١٥١-١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي الوارد ذكرها سابقا .

^(١٥٦) تنظر : المادة /١٤٧ و ١٤٨ من قانون الاحوال الشخصية الاردني ، والمادة /١٦٩ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة /١٥ من قانون الاحوال الشخصية المصري والمادة /١٢٩ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمادة /٤١ من قانون الاسرة الجزائري .

كما نصت المادة /٤٢ منه على ان " الزواج الفاسد الذي لم يقع به الدخول لا يفيد حكما اصلا اما اذا وقع به دخول فيلزم به المهر والعدة والنسب وحرمة المصاهرة ولا تلزم الاحكام كالارث والنفقة قبل التفريق او بعده " في حين نصت المادة /٤٣ منه على ان " بقاء الزوجين على الزواج الباطل او الفاسد ممنوع فاذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن اذا ولدته الزوجة او كانت حاملا او كان الطرفان حين اقامة الدعوى حائزين على شروط الاهلية".

وكما سلك المقنن الكويتي والمصري والسوري والجزائري^(١٥٧) ايضا مسلك المقنن الاردني في تحديد اسباب النسب ، وحسنا فعلوا اذ نصت المادة /١٦٦ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي على ان " اقل مدة الحمل ستة اشهر قمرية واكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم".

وايضا جاءت المواد /١٦٩-١٧١ منه في مجال النسب في الزواج الصحيح فنصت المادة /١٦٩ منه على ان "أ- ينسب ولد كل زوجة في الزواج الصحيح الى زوجها بشرطين " ١- مضي اقل مدة الحمل على عقد الزواج . ٢- الا يثبت انتفاء امكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد الى الولادة او حدث بعد الزواج واستمر اكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم . اذا زال المانع يشترط انتفاء اقل مدة الحمل من تاريخ الزوال ب- اذا انتفى احد هذين الشرطين لا يثبت النسب الا باقرار الزوج "

في حين جاءت المادة /١٧٢ منه على النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهة فنصت على انه " أ- يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد او الدخول بشبهة اذا ولج لسنة اشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي . ب- واذا ولد بعد المتاركة او التفريق لا يثبت نسبه الا اذا كانت الولادة قبل مضي خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ المتاركة او التفريق "

بينما نصت المادة /١٨١ منه على انه " من تاريخ العمل بهذا القانون لا تسمع دعوى الاقرار بالنسب عند الانكار الا اذا كان الاقرار ثابتا بورقة رسمية او عرقية مكتوبة كلها بخط المقر وعليها توقيع او كان مصدقا على التوقيع عليها " .

(١٥٧) تنظر المواد /١٢٨-١٣٣ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمواد /٤٠-٤٦ من قانون الاسرة الجزائري .

اما افضل ما جاء في هذا الاطار فهو القانون الاتحادي الاماراتي ، اذ تضمن مواد مناسبة لمعطيات العصر مراعيًا التقدم العلمي والطبي ، فنصت المادة /٩٠ منه على ان " ١- الولد للفراش اذا مضى على عقد الزواج الصحيح اقل مدة حمل ولم يثبت عدم امكان التلاقي بين الزوجين . ٢- يثبت نسب المولود في الوطاء بشبهة اذا ولد لاقبل مدة الحمل من تاريخ الوطاء. ٣- يثبت نسب كل مولود الى امه بمجرد ثبوت الولادة . ٤- اذا ثبت النسب شرعا فلا تسمع الدعوى بنفيه " وهكذا جاءت فقرات هذه المادة مناسبة لما ورد من احكام في الشريعة الاسلامية بخصوص النسب ، كذلك ملائمة للحالات التي تظهر في المجتمعات الاسلامية في كل زمان ومكان ، اما المادة /٩١ منه فقد حددت اقل واقصى مدة الحمل دون ان تغفل عن الاستعانة بالطب الشرعي، اذ نصت على انه " اقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما واكثره ثلاثمائة وخمسة وستون يوما - سنة ميلادية - مالم تقرر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك " .

وهكذا يتبين لنا اخيرا ان المقنن الاردني والكويتي والمصري والسوري والجزائري والاماراتي قد سار على نهج المقنن العراقي في تحديده لشروط ثبوت النسب بالفراش، غير ان هذه القوانين قد ذكرت اقل واقصى مدة الحمل بنص صريح وحسنا فعلت ، الا انه يؤخذ على المقنن الاردني والمصري انهما اخذا بنظام عدم سماع الدعوى عند الانكار ، اذ يؤدي هذا النظام وفقا لتنظيمه القانوني الى منع الام من التقاضي وسماع ادلتها في اثبات الحق من دون ان يؤدي الى نفي النسب او ثبوته ، وهذا يوضح ان نظام عدم سماع الدعوى عند انكار النسب يكون في حالة يستند الانكار فيه الى ادلة قطعية، كان يثبت الزوج انه ليس هو الاب بناء على عدم التلاقي او الى غيابه عنها مدة سنة شمسية وهي اقصى مدة الحمل ، لذلك تكون الزوجة غير محقة في دعواها ، وتكون الحكمة من تشريع هذا النظام هو منع التحايل والتزوير الصادر من بعض النساء .

في حين لم يجعل المقنن الكويتي من هذا النظام ما يؤدي الى نفي النسب قطعيًا ، اذ ترك امام الزوج فرصة اذا ما عاد اليه ضميره واقر بنسب الولد منه ، فنص المقنن الكويتي على ان للزوج ان يقر بنسب الولد على الرغم من ثبوت انتفاء التلاقي عادة او غيبة الزوج ، وهذا في حالة اذا لم يتمسك الزوج بنظام عدم سماع الدعوى (١٥٨) .

(١٥٨) تنظر : المادة/١٦٩ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي التي نصت على انه " ... اذا انتفى احد هذين الشرطين لا يثبت النسب الا باقرار الزوج " .

الا ان المقنن الاماراتي انتبه الى الدور الذي تلعبه الخبرة الطبية في هذا المجال ، اذ حدد في نصوص قانونه اقل واقصى مدة الحمل دون ان يغفل عن وسيلة الخبرة الطبية ودورها في هذا المضمار ، وبهذا الشكل يكون القانون الاماراتي قد سد كل الثغرات امام النفوس الضعيفة ، والتي قد يحاول من خلالها من فسدت ذمهم ومانتت ضمائرهم من الازواج والزوجات استغلالها للهروب من مسؤولية تحمل نسب الطفل ، او في تنسيب والحاك طفل لشخص مع كونه ليس منه ، متخذين من مدة الحمل المنصوص عليها في القانون ذريعة توصلهم الى اغراضهم الدنيئة .

لذلك كان من الاجدر بالقانون العراقي ان يسلك مسلك القانون الاماراتي ، لذا نوصي المقنن العراقي بان يحذو حذو المقنن الاماراتي في شأن النواقص الموجودة في قانون الاحوال الشخصية العراقي المتعلقة بتحديد اقل واقصى مدة الحمل، وازافة الوسيلة العلمية كوسيلة اثبات بجانب الوسائل التقليدية الاخر لاثبات النسب كالاستعانة بالخبرة الطبية .

وفي مجال الاستعانة بالوسائل الفنية الطبية لاثبات النسب فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه " ادعت المدعية المميز عليها امام الاحوال الشخصية في العمارة ان المدعي عليه هو والدها الشرعي وقد انجبت من فراش الزوجية من والدهما المتوفي (هـ) كل من (م) و (مع) لذا طلبت دعوة المدعي عليه لحضور المرافعة والحكم عليه باثبات نسب الطفلين المذكورين، اصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٩/١/٢٠٠٨ وبعدهد /١٥٠/ش/٢٠٠٨ حكما حضوريا قضى باثبات الاطفال كل من (م) تولد ١/٧/١٩٩٣ اليوم الاول من الشهر السابع لعام ١٩٩٣ جنسها انثى و (مع) تولد ١/٧/١٩٩٥ اليوم الاول من الشهر السابع لعام ١٩٩٥ جنسها انثى عراقيات الجنسية محل ولادتهن الكحلاء لوالدهما المتوفي (هـ) ومن فراش زوجته (ج) وتأشير ذلك في السجلات المدنية المختصة وتحميل المدعي عليه الرسوم والمصاريف، طعن المميز بالحكم المذكور اعلاه بلائحته المؤرخة ٧/٢/٢٠٠٨ طالبا نقضه لاسباب الوارد فيها القرار:- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون لاسباب التالية :

١- كان الواجب ادخال اشقاء المتوفي (هـ) المدرجة اسمائهم في القسام الشرعي المرافق وبقية ابناء المميز عليها / المدعية الراشدين اشخاصا ثلاثة للاستيضاح .

٢- الاستعانة بالوسائل الفنية (فحص تطابق الانسجة) عند التحقيق باثبات النسب .

٣- اجراء التحقيقات عن اسباب عدم تسجيل المراد اثبات نسبهن لمورث الطرفين .

٤- ادخال ممثل دائرة التسجيل المدني شخصا ثالثا للاستيضاح .

لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير بها وفق ما تقدم مع التنويه الى تنظيم محضر للنطق بالحكم الصادر على وفق احكام المادة /١٦١ من قانون المرافعات المدنية وصدر القرار بالاتفاق في ١٦/ربيع الاول /١٤٢٩ هـ الموافق ٢٣/٣/٢٠٠٨ " (١٥٩).

اما بالنسبة للقوانين الغربية فقد حدد ايضا القانون المدني الفرنسي في المادة /٣١٤ منه اقل مدة الحمل وهي ستة اشهر ويستطيع الزوج بناء على هذه المدة ان ينكر نسب الطفل منه الا في الحالات التي حددها القانون ، اذ نصت المادة /٣١٤ منه على ان " كل من ولد قبل تمام مدة الحمل التي هي ستة اشهر كاملة لا يجوز للزوج نفيه في ثلاث حالات: ١- اذا كان الزوج عالما بالحمل قبل الزواج . ٢- اذا كان حاضرا وقت تسجيل الولادة وقام بالتوقيع في سجل الانساب ... " كما حدد القانون المذكور ايضا اقصى مدة الحمل في المادة /٣١٥ منه وهي عشرة اشهر والولد الذي تاتي به الزوجة بعد هذه المدة يجوز للزوج نفيه ، اذ نصت المادة/٣١٥ على انه " المولود من المطلقة في اكثر من مدة الحمل التي هي عشرة اشهر من تنجيز الطلاق يجوز للزوج نفيه " .

(١٥٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /١٠٠٦/ شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٢٣/٣/٢٠٠٨ (قرار غير منشور).

المبحث الثالث

طرق اثبات نسب الجنين

من المعلوم ان نسب الجنين يثبت من جهة الام بمجرد الولادة ولا يتوقف على شيء اخر ، اما اثباته من جهة الاب فيكون اكثر صعوبة ، لذا يلجأ الى الاعتماد على ظواهر الحال في اثباته عادة ، ويعد الزواج الصحيح وما الحق به من نكاح فاسد ودخول بشبهة سببا كافيا لاثبات النسب دون توقف على بينة او اقرار من جانب الزوج بنسب المولود الذي وضعت زوجته ، فيثبت النسب بالزوجية الصحيحة بدون حاجة الى اقرار او بينة ، لان عقد الزوجية يقتضي عادة اختصاص كل زوجة بزوجها ، وليس لغيره ان يستمتع بها ، فلا يحل لها ان تمكن غير زوجها من نفسها او مجرد الاختلاء بها خلوة محرمة ، فان وضعت الزوجة المولود ثبت نسبه من الزوج ، ولا يصح الافتراض انه من غير زوجها ، لان الاصل الاستقامة والصلاح الى ان يثبت العكس ، لذا فان احتمال كونها قد علقت بالجنين من غيره احتمال غير مقبول ، لان الاصل حسن النية وبراءة الذمة من ذلك .

لذلك فان الفراش أي الزواج الصحيح يعد سببا منشأ للنسب يثبت به بمجرد تحقق الشروط التي تجعله فراشا، وكذلك بالنسبة لما يلحق به من فراش الزواج الفاسد الذي لا يتحقق الفراش فيه الا بعد الدخول الحقيقي وليس بنفس العقد الفاسد ، فمثلا اذا ولدت امرأة متزوجة زواجا فاسدا لاقبل من ستة اشهر من حين الدخول الحقيقي بها او فارقتها فولدت له ولدا لاكثر من اقصى مدة الحمل ، لم يثبت نسب هذا الولد من زوجها الا اذا ادعاه ، اما اذا ولدت لستة اشهر او اكثر من حين الدخول ولم تزد العدة بين المفارقة والولادة عن اكثر مدة الحمل ، فان النسب يثبت بالفراش من غير الحاجة لادعاء زوجها اياه .

وكذلك الحكم بالنسبة للموطوءة بشبهة ، فان انت بولد بعد مضي ستة اشهر او اكثر من وقت الوطء، ثبت نسبه من الوطء لتأكد الحمل منه، وان انت به قبل مضي ستة اشهر لا يثبت منه لتأكد ان الحمل حدث قبل ذلك، الا انه اذا ادعاه ثبت نسبه منه ، اذ قد يكون وطأها قبل ذلك بشبهة اخرى .

الا انه توجد حالات اخر لا يثبت فيها النسب بالفراش ، بل يجوز اثباتها بالاقرار اذا ما توافرت شروط معينة فيه ، فالاقرار يعد سببا كاشفا للنسب لا منشأ له ، لان النسب يكون عادة ثابتا قبل الاقرار ، ولامر ما فان هذا النسب غير ظاهر للاعيان وجاء الاقرار ليكشفه للاعيان وليس لينشأه ، لذلك يكون اثباته بهذه الوسيلة من وسائل الاثبات.

كما انه يمكن ان يثبت النسب ايضا بالشهادة ، التي تعد حقا من اقوى وسائل الاثبات ، لان حجيتها متعددة تسري في مواجهة الكل، فضلا عن وسائل اثبات اخرى ليست محل اتفاق بين الفقهاء المسلمين كوسيلة القيافه، كما ان الاحتكام الى قرينة الشبه هو في حقيقته احتكام الى مصطلح ظهر حديثا الا وهو البصمة الوراثية، وليبيان تلك الوسائل والطرق بصورة مفصلة لابد ان نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وذلك على النحو الاتي :

المطلب الاول :- الزواج الصحيح (الفراس الصحيح) وما يلحق به

المطلب الثاني :- الاقرار بالنسب او دعوة الولد

المطلب الثالث :- البينة (الشهادة)

المطلب الرابع :- القيافه والبصمة الوراثية

المطلب الاول

الزواج الصحيح (الفراش الصحيح) وما يلحق به

يقصد بالزواج الصحيح أو الفراش الصحيح وما يلحق به ، قيام الحالة الزوجية والتي عبر عنها الفقهاء المسلمون عموما بدليل الفراش أي كون المرأة فراشا لزوجها ، فالفراش هو ما يفترش لينام عليه ويكنى به عن المرأة ، فيقال لامرأة الرجل هي فراشه وازاره ولحافه ، وهي أقوى الطرق كلها ، بل يعد الفراش من الأدلة الخاصة بالنسب وحده فلا يستعمل في غيره ، ويقصد عادة بالفراش هو تعيين المرأة للولادة لشخص واحد ، وهذا لا يكون الا بقيام الزوجية الصحيحة ، اذ يثبت النسب بالزوجية الصحيحة بدون حاجة الى إقرار او بينة ، لان عقد الزوجية يقتضي اختصاص كل زوجة بزوجها وليس لغيره ان يستمتع بها ، فاذا ما جاءت بطفل فهو منه ، اما احتمال كونها قد علقت بالطفل من غيره فاحتمال غير مقبول اساسا ، لان الاصل البراءة من ذلك ، فالاصل براءة الذمة بخلاف الزنا فان النسب لا يثبت به ، والعلة في ان النسب لا يثبت من الزنا ، هو ان الزنا من جرائم الحدود التي تستوجب العقاب والذم فكيف يثبت به النسب الذي هو مفخرة وفضل؟^(١٦٠) .

وهكذا فلا يقصد بالفراش هنا- الذي ذكره الفقهاء كدليل على اثبات النسب- حقيقة الجماع والوطء، وانما يقصدون به مظنتة وهي قيام الحالة الزوجية الصحيحة ، وهي كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد في الزواج الصحيح القائم بين الرجل والمرأة وقت ابتداء الحمل، هذا بالنسبة للفراش الصحيح ويلحق به فراش الزواج الفاسد، الا انه لا يتحقق الفراش فيه الا بعد الدخول الحقيقي ، لا بنفس العقد الفاسد ، فمن تزوج بغير شهود ودخل بها او خالط امرأة بشبهة كان الفراش ملحقا بالفراش الصحيح ، فيثبت نسب الولد الذي تاتي به المرأة متى توافرت الشروط المعتمدة في ثبوت النسب بالفراش الصحيح ، فان مجرد الزوجية الصحيحة لا يكفي لثبوت نسب الولد ، بل لا بد من اشتراط ان تكون هذه الزوجية يتصور عادة ان يكون الولد منها، لذلك لا يثبت النسب اذا كان الزوج صغيرا اذ لا يتصور ان تحمل زوجته منه بل لابد ان يكون بالغا او مراهقا قادرا على الاتصال الجنسي على اقل التقدير^(١٦١).

(١٦٠) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٣٢٠ .

(١٦١) ينظر : بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن ، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥١٦ .

وفي هذا المجال جرت احكام القضاء المصري اذ قضت محكمة النقض المصرية الى ضرورة استظهار قيام الفراش لاثبات النسب بقولها النسب يثبت بالزواج الصحيح والفاقد الوطء بشبهة الزنا لا يثبت نسب انتهاء الحكم الى ثبوت نسب الطفل الى مورث الطاعنين دون ان يستظهر قيام الفراش الصحيح بين الاخير والمطعون ضدها قصوراً^(١٦٢).

فالسبب الحقيقي في ثبوت النسب هو الدخول ، وهذا الامر من الامور الخفية والخاصة التي لا يمكن الاطلاع عليها ، ولهذا لا يمكن الاعتماد على واقعة الدخول في اثبات النسب، لذلك تم العدول عنها الى السبب الظاهر والشعري للدخول وهو العقد الصحيح ، ويجب ان يتوافر شرطان اساسيان حال قيام الزوجية حتى يمكن اثبات نسب المولود وهما^(١٦٣) :

الأول: امكانية حمل الزوجة من زوجها ، ويندرج تحت هذا الشرط امران هما : أ- ان يولد مثل المولود لمثل من نسب اليه ب- وامكانية التلاقي بين الزوجين .

اما الشرط الثاني لثبوت النسب حال قيام الزوجية: فهو ان يمضي على عقد الزواج ادنى مدة للحمل، وبهذا يشترط الفقهاء المسلمون عموماً لثبوت النسب في الزواج الصحيح عدة شروط من اهمها ، حدوث عقد النكاح حقيقة او حكماً والدخول او امكانه، وان يولد لمثله ، ومضي اقل مدة الحمل من وقت العقد ، وان لا يتجاوز الحمل اقصى مدة الحمل بعد الفراق بسبب الطلاق او الوفاة ، وكذلك بالنسبة للزواج الفاسد مع كونه محرماً ، الا انه يترتب عليه بعض الاثار الشرعية ومنها العدة والنسب ، فاذا حدث حمل في هذا الدخول أي دخول من زواج فاسد يثبت النسب للولد ، وذلك احتياطاً لحماية هذا الولد من الضياع ، وهذا الحكم ينطبق ايضاً على حالة الوطء بشبهة والزواج العرفي في ثبوت النسب من الوطاء، اما بالنسبة لبقية الاثار الاخرى في عقد الزواج العرفي فانها لا تتحقق ، فلا تجب من خلاله نفقة الزوجة على زوجها ولا تجب طاعته ولا يرث احدهما الاخر، ولكن مع ذلك يثبت به نسب الاولاد الذين يولدون نتيجة هذا الزواج، وان انكر الزوج الحالة الزوجية فان على الزوجة ان تثبت حالة قيام الزواج العرفي بكافة الوسائل لاثبات ذلك^(١٦٤).

^(١٦٢) ينظر : قرار محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم /١٣٩ س ٦١ ق ١ احوال شخصية ، جلسة ١٤ /٢ /١٩٩٥ نقلاً عن: د. شوقي زكريا الصالحي ، مرجع سابق ، ص ٣٠٠.

^(١٦٣) للمزيد من التفصيل ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٤٩٩.

^(١٦٤) ينظر : بدران ابو العينين بدران، حقوق الاولاد في الشريعة الاسلامية والقانون ، مؤسسة الشباب الجامعة، القاهرة، من دون سنة طبع ، ص ٣٥ .

وعلى هذا متى ثبت الزواج سواء كان زواجا صحيحا ام فاسدا بأي وسيلة من وسائل الاثبات المقررة شرعا كالشهادة او الاقرار او نكول عن اليمين - عند من يراه جحة في تلك الحالة - يثبت نسب كل ما تاتي به المرأة من اولاد اذا توافرت الشروط السابقة الذكر لثبوت النسب ، الوارد شرحها مفصلا في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الدراسة ، وبهذا نحيل تفاصيل الكلام اليها وما يلحقها من ثبوت النسب بالنسبة لآراء الفقهاء المسلمين والقوانين الوضعية والمقارنات الخاصة بها والترجيحات ولموقف القضاء من ذلك^(١٦٥).

وفي هذا الخصوص تجدر الاشارة الى ان اثبات النسب كان معروفا قديما أيضا، ففي القانون الروماني يثبت باحد المصادر التالية : الزواج الشرعي ، والتبني ، ومنح البنوة الشرعية او تصحيح النسب، اما الزواج الشرعي المعقود طبقا لاحكام القانون المدني الروماني والمقصود على جماعة الرومان فقط ، فيشترط لصحته ثلاثة شروط هي : رضا الزوجين والبلوغ الذي حدده جستينيان بأربع عشرة سنة والاهلية لاجراء الزواج الشرعي بان يكون الطرفان من المواطنين الرومانيين ، وان لا يكونوا ارقاء ، واذا لم تراعى هذه الشروط الثلاثة لا يعد زواجا شرعيا ولا ينسب الاولاد الى ابيهم ، بل يسمون اولاد الكافة او اولاد الهواة^(١٦٦).

والزواج الشرعي عند الرومان عموما نوعين زواج بالسيادة والزواج بلا سيادة ، والمقصود بالسيادة هنا دخول الزوجة في سيادة الزوج وانقطاع صلتها بعائلتها الاصلية، مما يترتب عليه سقوط جميع الحقوق بينها وبين عائلتها الاصلية مثل الميراث والوصاية ، اما الزواج بلا سيادة فهو زواج شرعي ايضا ولكنه لا يترتب عليه دخول الزوجة في سيادة زوجها بل تبقى صلتها قائمة باسرتها^(١٦٧).

وحتى يثبت نسب الاولاد الى ابيهم في القانون الروماني يجب اثبات واقعة الميلاد اولا، وهي واقعة مادية من السهل اثباتها، وكذلك اثبات ان المولود يعود الى الاب لا الى سواه ، وقواعد اثبات الواقعة الثانية تعتمد على الفراش ، فالولد للفراش الشرعي ، والولد الذي تاتي به امه في الشهر السابع من الزواج يجب التقرير بشرعية بنوته ، اذ حدد القانون الروماني اقل مدة للحمل سبعة اشهر منذ قيام الزوجية ، ويجب ان يولد المولود خلالها ، وهناك قول اخر هو اقل مدة للحمل ستة اشهر منذ قيام الزوجية ، واقصى مدة على ان لا تزيد على عشرة اشهر منذ تاريخ انحلال الرابطة الزوجية، الا ان الزوج يستطيع نفي نسب المولود اذا كان هناك شك من جانبه

^(١٦٥) للمزيد من التفصيل تنظر: الصفحة (١٨-٢٤) من الدراسة.

^(١٦٦) للمزيد من التفصيل ينظر : جستينيان ، مدونة جستينيان في الفقه الروماني ، عالم الكتب ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ٢٠.

^(١٦٧) ينظر: د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ط٤ ، دار المعارف، مصر، ١٩٦١، ص ٢٠٠.

في ان الجنين الذي تحمله زوجته لا يعود اليه او ليس ابناً له ، كأن يثبت عقمه او مرضه او غيبته المتصلة (١٦٨).

اما الطريقة الثانية لاثبات النسب في القانون الروماني القديم فهي التبني ويتم بموجبها انتساب الابن المتبنى للاب المتبني انتساباً يماثل الذي يكون بين الولد وابيه في الزواج الشرعي ، في حين ان الطريقة الثالثة وهي منح البنوة الشرعية او تصحيح النسب ، فقد تم ادخالها ضمن الاصلاحات في عهد جستينيان على حالة الاولاد غير الشرعيين - من علاقات التسري او المعاشرة بدون عقد زواج شرعي ، اذ لا ينتسب الطفل الى ابيه ولكنه ينسب الى امه ، لانه يتبع البطن فيكون تابعاً لعائلة الام في النسب ، وله جميع الحقوق المترتبة على قرابة الدم من ميراث ووصاية ونفقة - وذلك بفتح الطريق امام الاباء للاعتراف او لاضفاء الشرعية على هؤلاء الاولاد ، وتسمى هذه بطريقة منح الابوة الشرعية او تصحيح النسب، وتتم عادة باحدى الطرق الثلاثة وهي (١٦٩):

١- الزواج اللاحق فاذا تزوج في القانون الروماني الرجل بالمرأة التي تربطه بها علاقة غير شرعية فالولد يصبح ابناً شرعياً وينسب الى ابيه بثلاث شروط هي : ان يكون الزواج بين الابوين ممكناً وقت الحمل بالجنين وان يتم كتابة عقد زواج ليكون دليلاً على تحول علاقة المعاشرة الى زواج شرعي، وأخيراً اذا كان الولد المراد تصحيح نسبه بالغاً فيجب ان يوافق على اجراء الزواج وتصحيح نسبه .

٢- صدور قرار من الامبراطور وهي حالة تم استحداثها في مدونة جستينيان .

٣- ان يقوم الاب بنذر ابنه للعضوية في هيئة الاخطاط المدنية ، وهي هيئة تشرف على المرافق العامة في المدينة .

اما بالنسبة للنسب في الشريعة النصرانية ، فان نسب الاولاد الشرعيين أي البنوة الشرعية فشأنها شأن الشريعة الاسلامية في الاخذ بقرينة الفراش وهي قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها ، ولكن يجب العمل بهذه القرينة بشرطين هما : وجود عقد زواج بين الاب والام ، ولا يشترط ان يكون هذا العقد صحيحاً فقد يثبت النسب وان كان الزواج ظنياً ، وان يتم الحمل في اثناء الزوجية وخلال فترة يمكن ان يتصور فيها حدوث الحمل بين ام المولود من ابيه ، وقد حددت الشريعة النصرانية حدان : حد ادنى لفترة الحمل وهي ستة اشهر منذ تاريخ عقد الزواج ، وحد

(١٦٨) ينظر: المرجع السابق ، ص٢٠٣؛ وسيد عبد الله حسين ، المقارنات التشريعية ، ج ١ ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٤٧ ، ص ٢٢٥ .

(١٦٩) ينظر: د. احمد حمد ، موضوع النسب في الشريعة والقانون ، ط ١ ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ٣٥٠ .

اقصى وهو عشرة اشهر بعد انتهاء الزواج او بدء مرحلة الانفصال الجسماني، ويستطيع الزوج ان ينفي نسب الجنين الذي يولد لاقبل من ستة اشهر او لاكثر من عشرة اشهر، استنادا إلى احكام المادة /٨٢ من قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الاثونكس التي نصت على انه " اقل الحمل ستة اشهر واكثرها عشرة اشهر بحساب الشهر ٣٠ يوما " كما نصت المادة /١٠٤-٢ من الارادة الرسولية للكاتوليك انه " يقدر الاولاد الشرعيين اذا ولدوا بعد مئة وثمانين يوما على الاقل من تاريخ عقد الزواج او ثلاثمائة يوم على الاكثر من تاريخ انحلال المعيشة الزوجية " (١٧٠).

اما بخصوص نسب الاولاد غير الشرعيين أي البنوة غير الشرعية في هذه الشريعة ، فيشتمل الولد الناتج من علاقة غير مشروعة أي عدم وجود رابطة الزواج بين الابوين ، فهنا يتعطل العمل بقريضة الولد للفراش ، ومع ذلك يجوز ان ينسب الولد غير الشرعي الى الاب ويصبح بمنزلة الولد الشرعي بطرق احدهما : تصحيح النسب وهي فرصة تصحيح نسب المولود الناتج عن علاقة غير مشروعة ، وذلك عن طريق الزواج اللاحق ، ويشترط لذلك عدم وجود مانع من الزواج او ان يكون المانع قد زال، والطريقة الأخرى التي تتم في حالات خاصة كحالة الخطف والاغتصاب اذا كان زمن حصولهما يرجع الى زمن الحمل فيثبت نسب المولود غير الشرعي ويصبح مولودا شرعيا (١٧١).

وفي هذا الخصوص تجدر الاشارة الى ان اثبات النسب عند الشريعة اليهودية تتشابه ايضا مع الشريعة الاسلامية وهي الفراش والاقرار والبينة ، فاما الفراش فان النتيجة المترتبة على الزواج هي ثبوت نسب الجنين الى الاب اذا كان يهوديا وثبوته الى الام اذا لم يكن الاب يهوديا ، ويجب ان تلد الزوجة مولودها لسبعة اشهر من تاريخ الزواج بوصفها اقل مدة ، اما اقصى مدة للحمل فهي سنة ويستطيع الزوج نفي نسب مولوده اذا وضعته زوجته بعد سنة من غياب الزوج عنها ، ويثبت نسب المولود اذا اقر به الزوج بعد عودته او اذا رجع عن نفيه، اذ يجوز الاقرار بعد نفي ، واذا حملت المخطوبة قبل اتمام مراسيم الزواج ونسبت الحمل الى خطيبها واقر هو بذلك فان النسب يثبت اليه ، واذا لم يقر هو بذلك فان الجنين يعد ابن زنا شكا ، اما اللقيط فانه يعد ابن زنا شكا ايضا ، واذا ادعى احد بنوة لقيط سواء كان ابا ام اما وقامت القرائن على صحة دعواه ، فان اللقيط ينسب اليه ، واذا ما ثبت ان نسب المولود لابيه سواء كان نتيجة زواج شرعي

(١٧٠) ينظر : د. عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستامين في دار الاسلام ، لبنان ، ١٩٨٢ ، ص٤٤٤ .

(١٧١) للمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى الرفاعي ، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقوانين اللبنانية ، ط١ ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٣١٨؛ و د. محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الاسلامية ، الاسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ٢٢٦؛ و د. محمد مصطفى الجمال ، قانون الاسرة لغير المسلمين ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧ ، ص ٣٣٧ .

ام علاقة غير شرعية فان له جميع الحقوق والواجبات المتبادلة بين الاباء والابناء منها النفقة والميراث (١٧٢).

(١٧٢) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستامين في دار الاسلام ، مرجع سابق، ص٤٤٦؛ وعلاء الدين خروفة ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٣، ص١٦٢؛ و د. مصطفى الرافي، مرجع سابق، ص ١٥٢.

المطلب الثاني

الاقرار بالنسب او دعوة الولد

تعد هذه الوسيلة الثانية من وسائل ثبوت نسب الجنين ، وهي الطريق الطبيعية لثبوت النسب^(١٧٣) ، وتسمى عادة الدعوة أي دعوة الولد، ويقصد بمصطلح الاقرار بالنسب أنه " اخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص اخر"^(١٧٤)، والمقرر شرعا وقانونا ان "الاقرار حجة قاصرة على المقر"^(١٧٥)، فاقرار الانسان على نفسه مقبول " والمرء مؤاخذ بإقراره " ^(١٧٦) فلا يتعداه الى غيره الا اذا صدقه ذلك الغير او قامت البينة على صحة الاقرار، فلا يتعدى اثره الى غيره لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر اثر الاقرار على المقر نفسه، والاقرار ايضا يثبت الملك في المخبر به، فلو اقر على الغير فلا ينفذ اقراره عليه، بخلاف البينة فانها حجة متعدية وثابتة على الغير أي في حق جميع الناس لا تقتصر على المقتضي عليه، لذلك فان القاعدة الفقهية تنص على ان "البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة"^(١٧٧)، والاقرار لا يلزم الا المقر ولا يتجزأ الإقرار فهو كلام واحد لا يؤخذ بعبءه ويترك البعض الآخر^(١٧٨).

^(١٧٣) الجدير بالذكر ان الفقهاء المسلمين لم يتناولوا وسائل الاثبات بشكل عام، وانما انصب كلامهم على طرق الاثبات القضائي فيما يسمونه بطرق الحكم ، ويعد الاقرار احد هذه الوسائل ، اذ يقصد به لغة الادعان للحق والاعتراف به ، وفي الاصطلاح الفقهي فقد عرفه الائمة الاحناف "هو اخبار الانسان عن حق عليه لآخر" تنظر: المادة /١٥٧٢ من مجلة الاحكام العدلية العثمانية .

^(١٧٤) د. محسن ناجي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ط ١ ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ص ٣٧٦ .

^(١٧٥) المادة /٦٧ من قانون الاثبات العراقي والمادة /٥١ من قانون البيئات الاردني والمادة /١٠٠ من قانون البيئات السوري والمادة /١٠٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١ هـ المعدل .

^(١٧٦) المادة /٧٩ وتنظر ايضا : المواد /١٥٧٣ و ١٥٧٥ و ١٥٧٧ و ١٥٧٨ و ١٦٥٤ من مجلة الاحكام العدلية العثمانية وللمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية، بقلم مصطفى احمد الزرقا، ط ٦ ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١ ، ص ٣٩٥ .

^(١٧٧) المادة /٧٨ من مجلة الاحكام العدلية ولشرحها ينظر : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٨٨٨ ، ص ٤٤؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ محمد صدقي بن احمد بن محمد البورنو ابي الحارث الغزي ، الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكلية ، ط ٥ ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٠٢ .

^(١٧٨) ينظر: بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن ، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥١٨؛ وللمزيد من التفصيل حول تعريف الاقرار ومشروعيته واركانه وصيغته وشروطه ينظر : أ. د. وهبة الزحيلي، العقوبات الشرعية، مرجع سابق، ج ٤ ، ص ٢٦١؛ وتنظر : المادة /٦٩ من قانون الاثبات العراقي التي نصت فقراته على انه " لا يتجزأ الاقرار على صاحبه الا اذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الاخرى " وتطابقها المادة /١٠٤ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /٢١٢ من قانون اصول

في هذا الخصوص ينبغي ان نبين ان القوانين عموما لاتخالف الشريعة الاسلامية في هذا المجال اذ نصت المادة /٦٧ من قانون الاثبات العراقي على انه " الاقرار حجة قاصرة على المقر " وتطابقها المادة / ١٠٤ من قانون الاثبات المصري والمادة /٥١ من قانون البينات الاردني والمادة / ١٠٠ من قانون البينات السوري والمادة / ١٠٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

فالاقرار اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول ، لان من يقر بمجهول النسب انه ابنه فهو معترف بنوة هذا الولد بنوة حقيقية ، وانه خلق من مائة سواء اكان صادقا في الواقع ام كاذبا، فيثبت لهذا الولد شرعا وقانونا جميع احكام البنوة، وان كان كاذبا في الواقع فعليه اثم كذبه وادعائه .

فالاقرار اذن ليس من الاسباب المنشئة للنسب ، وانما كما ذكرنا هو طريق لاثباته وظهوره ، والسبب الحقيقي هو الولادة بالنسبة للام والاتصال الجنسي بناء على عقد صحيح او فاسد او شبهة بالنسبة للرجل، فاذا ما توافرت شروط الاقرار يترتب عليه ثبوت النسب من المقر وكان للمقر له جميع الحقوق التي تترتب على ثبوت النسب من نفقة وميراث وغيرها .

وفي هذا المجال ينبغي ان نشير الى ان الشريعة النصرانية قد اخذت ايضا بالاقرار طريقا لثبوت النسب ، ولكن بتوافر جملة شروط منها: ان يكون المقر له مجهول النسب ، وان يكون المقر ممن يصح ان يولد لهم مثل المقر له ، وان يوافق المقر له على الاقرار اذا كان اهلا للموافقة ، فان لم يكن المقر له مميزا لا يعد هذا الشرط متحققا (١٧٩) .

ولتوضيح شروط الاقرار بالنسب في الشريعة الاسلامية ، ينبغي بداية ان نبين ان الاقرار بالنسب ينقسم عموما الى نوعين أساسيين (١٨٠) :

المحاكمات اللبناني والمادة /١٠١ من قانون البينات السوري والمادة /٩٥ من قانون الاثبات اليمني والمادة /٣٤٢ من القانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥ المعدل، والمادة /١٠٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي والمادة /١٠٤ من قانون الاثبات المدني والتجاري البحريني النافذ رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ المعدل والمادة /٦٠ من قانون الاثبات العماني النافذ رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

(١٧٩) للمزيد من التفصيل ينظر : علاء الدين خروفي، مرجع سابق، ج٢، ص ١٦٥ .

(١٨٠) للمزيد من التفصيل ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥١٨ .

الاول : اقرار باصل النسب وهو الابوة او البنوة او الامومة المباشرة او الزوجية ، كما اذا اقر شخص بأن هذا الولد ابنه او ان فلان ابوه او ان هذه المرأة امه او ان هذه الزوجة زوجته .

الثاني : اقرار بما يتفرع عن اصل النسب كالعومة والاخوة وغيرها ، مثل اقرار الانسان ان فلان اخوه ، فانه يقتضي ان يكون المقر له ابنا لوالد المقر اولا اذا صح الاقرار ، ثم ينتج عنه ان يكون المقر له اخا للمقر ولسائر اخوته.

وبهذا فان النوع الاول من الاقرار بالنسب هو اقرار باصل النسب أي حمل النسب على نفس المقر ، لان القاعدة ان المقر يعامل باقراره ، فهو اذن ليس فيه تحميل النسب على غير المقر أي الحاق المقر بالنسب بنفسه ، فلا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره كالاقرار بالبنوة والابوة والامومة والزوجية، وهذا النوع يثبت النسب به من غير حاجة الى بيان السبب من زواج او اتصال بشبهة ، لان الانسان له ولاية على نفسه فيثبت باقراره النسب متى توافرت الشروط المعتبرة لصحته ، فمن اقر بان هذا الولد ابنه ثبت له نسب الولد منه وكان له جميع الحقوق التي تثبت للابناء من ارث ونفقة وغيرهما اذا توافرت الشروط الخاصة به ، كما يستتبع ذلك ان اولاد المقر يكونون اخوة لهذا الولد ، وان اب المقر يكون جدا له ، وان اخوات المقر واخواته عمات واعمام له (١٨١) .

ولهذا فقد اشترط الفقهاء لصحة هذا النوع من الاقرار جملة شروط هي : ان يكون الولد المقر له بالبنوة مجهول النسب أي لا يعلم له اب ، وان يكون يولد مثله لمثل المقر ، فلو كان عمر المقر ثلاثين سنة مثلا وعمر المقر له مثل ذلك او اكثر او اقل بقدر يسير فان كذب الاقرار ظاهر فلا يثبت النسب " فالممتنع عادة كالممتنع حقيقة " (١٨٢) ، وان يصادق المقر له المقر على اقراره ان كان مميزا ، لان الاقرار حجة قاصرة على المقر كما ذكرنا فلا تتعداه الى غيره الا ببينة او تصديق ، فان كان المقر له طفلا غير مميز ثبت نسبه بالاقرار من غير حاجة الى تصديق ، لانه ليس اهلا للتصديق من ناحية ، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له فلا يتوقف على التصديق من ناحية ثانية ، ثم اذا انكر هذا النسب بعد ان كبر لا يسمع منه ، لان النسب متى ثبت لا يقبل الابطال من الاب او الابن من ناحية ثالثة ، كذلك ان لا يصرح المقر بان المقر له ابنه من الزنا لان الزنا لا يصلح اساسا ان يكون سببا للنسب (١٨٣) .

(١٨١) ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص ٥١٨ ؛ ود. مصطفى الرفاعي ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(١٨٢) المادة /٣٨ من مجلة الاحكام العدلية وينظر شرحها في : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(١٨٣) ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥١٩ .

وبناء على ما سبق إذا ما أقر شخص أن فلان أبوه وكان المقر مجهول الأب في البلد الذي يكون ، وكان ممن يولد مثله لمثله ذلك الشخص وصدقه المقر له في إقراره ثبت أبوته له .

كذلك إذا أقرت امرأة بان هذا الولد ابنها ، فإن لم تكن ذات زوج أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد ، ثبت نسب الولد بإقرارها منها إذا لم تكن له أم معروفة ، وكان ممن يولد مثله لمثلها ، وصدق الولد في إقرارها أن كان مميزاً ، ولا يمنع من أمومتها له أن تقر بأنه ابنها من غير زواج شرعي ، لأن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه بطبيعة الحال ، بخلاف ما لو أقر الرجل أنه ابنه من الزنا ، فإنه لا يثبت نسب الولد بإقراره ، لأن نعمة النسب لا تتال بهذا الطريق المحرم كما بينها سابقاً ، فإن كانت المرأة المقر بالأمومة ذات زوج أو في عدة زواج ، وجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها أن يصادقها على إقرارها هذا أو أن تثبت أن هذا الولد قد ولد على فراش الزوجية ، وحينئذ يثبت نسبه منها (١٨٤) .

إلا أن الأئمة المالكية خالفوا ذلك فاشتروا أن يكون المقر ذكراً ، فلا يصح إقرار الأنثى وهو استلحاق لام ، وأن يكون المقر أباً فلا يصح الاستلحاق إلا من الأب أي ادعاء رجل أنه أب لهذا (١٨٥) .

أما النوع الثاني من الأقرار وهو الأقرار بحمل النسب على الغير ، أي تحميل النسب على غير المقر وهو الأقرار بما يتفرع من أصل النسب ، كأن يقر شخص بأخوه فلان أو عمومته أو أنه جده أو ابن ابنه ، ففيه تحميل النسب على غير المقر أولاً ، ثم يسري منه تحميل النسب على المقر ، أي إذا أقر شخص أن فلان أخوه اقتضى ذلك الأقرار في أول أمره أن المقر له ابن لأب المقر واقتضى ذلك أن المقر له أخ للمقر ، وهذا النوع من الأقرار لا يثبت النسب به إلا إذا تحقق أحد أمرين هما : البينة أو تصديق المقر عليه أن كان حياً أو اثنين من الورثة أن كان ميتاً (١٨٦) .

(١٨٤) ينظر : بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٢٠ .

(١٨٥) ينظر : أ.د. وهبة الزحيلي ، العقوبات الشرعية ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٢٧١ .

(١٨٦) ينظر : بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٢١ ؛ ود. مصطفى الراجعي ،

وبالطبع فان هذا النوع من الاقرار يحتاج الى عدة شروط كأن يكون المقر له مجهول النسب ، وان يصادق المقر له اقراره فلو كذبه لم يصح الاقرار ، وان لا يرجع المقر عن اقراره حتى الموت ، وان يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل من نسب اليه المقر ، وان يكون المقر له على قيد الحياة عند وفاة المقر او الحكم بوفاته^(١٨٧) .

فلو اقر رجل بنسب فيه تحميل على غيره كالاخ والعم والجد وابن الابن اذا كان في حياة ابنه، لا يصح الاقرار في حق غيره الا ببرهان او تصديق المقر عليه اذا كان من اهل التصديق بان كان عاقلا بالغاً ، ولكن يصح الاقرار وينفذ في حق المقر حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادق المقر والمقر له على ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما ، فان لم يكن لهذا المقر وارث غير المقر له ورثه والا لا يرثه، لانه لم يثبت نسبه فلا يزاحم الوارث المعروف ، والمراد بالوارث الذي يمنع المقر له من الارث غير الزوجين، لان وجودهما غير مانع، وللمقر بنسب على الغير ان يرجع عن اقراره وان صدقه المقر عليه، لانه وصية من وجه نص عليه الامامين الزيلعي وصاحب البدائع، ومن مات ابوه فافر بأخ شاركه في الارث فيستحق نصف نصيب المقر ولم يثبت نسبه لما تقرر من ان اقراره مقبول في حق نفسه فقط، ولو اقر الاخ بابن من اخيه الميت صح اقراره فيرث الابن دون الاخ^(١٨٨).

وحكم هذا النوع من الاقرار نفس حكم النوع الاول ، الا انه يخالفه في انه يشارك المقر في الميراث دون سواه من باقي الورثة ، أي انه يقاسمه في حصته دون باقي الورثة^(١٨٩) .
والجدير بالذكر ان شروط الاقرار بالنسب المباشر عديدة منها ما يتعلق اولاً بالمقر ، ومنها ما يتعلق ثانياً بالمقر له، ومنها ما يتعلق ثالثاً بصيغة الاقرار .

(١٨٧) ينظر: بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٢٢ .

(١٨٨) ينظر : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ٨٠٦ .

(١٨٩) للمزيد من التفصيل ينظر : ابو اليقظان عطيه فرج الجبوري ، حكم الميراث في الشريعة الاسلامية ،

ط ٢ ، دار الندوة الجديدة ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٤١ .

اما الشروط التي تتعلق بالمقر بالنسب فهي شرطان : الاول ان يكون المقر اهلا لصدور الاقرار منه ، والثاني ان يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر^(١٩٠) .

وبموجب الشرط الاول ينبغي ان يكون المقر اهلا لصدور الاقرار منه ، أي متمتعا بالاهلية اللازمة للاقرار وهي اهلية التصرف فيما اقر به ، فيجب ان يكون كامل الاهلية بان يكون بالغاً عاقلاً رشيداً^(١٩١)، اذ نصت المادة /١٥٧٣ من مجلة الاحكام العدلية على انه " يشترط ان يكون المقر عاقلاً بالغاً بناء عليه لا يصح اقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم واوصيائهم ولكن الصغير المميز الماذون في حكم البالغ في الخصوصات التي صحت ماذونيته فيها " كما نصت المادة /١٥٧٤ منها ايضاً على انه " لا يشترط ان يكون المقر له عاقلاً بناء عليه لو اقر احد بمال للصغير غير المميز يصح ويلزمه اعطاء ذلك المال " كذلك نصت المادة /١٥٧٥ منها على انه " يشترط في الاقرار رضا المقر بناء عليه الاقرار الواقع بالجبر والاكراه لا يصح ... " في حين نصت المادة /١٥٧٦ منها على انه " يشترط ان لا يكون المقر محجوزاً ... " .

وهكذا فالصغير غير المميز لا يصح ان يقر بالنسب لان تصرفاته اساساً باطلة حتى ان اذن له الولي باجرائها ، لذلك لا يجوز له الاقرار بالابوة لشخص ما وان اقر فان اقراره باطل وغير ملزم ، لان الاقرار بالنسب يترتب عليه حقوق والتزامات عديدة بين المقر والمقر له ، وبالطبع فان الصغير غير المميز ليس اهلاً لتحمل هذه الالتزامات حتى ان صدقه المقر له في اقراره^(١٩٢) .

(١٩٠) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد نشات ، رسالة الاثبات ، ج ٢ ، ط ٧ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٢ ، ص ١٠ .

(١٩١) للمزيد من التفصيل ينظر : ابو الحسن علي بن محمد الماوردي ، الاقرار بالحقوق والمواهب والمواريث من الحاوي ، تحقيق طاهر الرزنجي ، مكتبة الشرق الجديد ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ١٨٨ .

(١٩٢) ينظر : المادة /٩٦ من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي نصت على انه " تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن له وليه " كما نصت المادة /٦٠-أولاً من قانون الاثبات العراقي على انه " يشترط في المقر ان يتمتع بالاهلية الكاملة فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم او اوصيائهم او القوام عليهم " وتطابقها المادة /٤٧ من قانون البيئات الاردني والمادة /٩٦ من قانون البيئات السوري والمادة /١٠٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي والمادة /٥٩ من قانون الاثبات العماني والمادة /٥٢ من قانون الاثبات الاتحادي الاماراتي للمعاملات المدنية والتجارية النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل .

اما بخصوص اقرار الصبي المميز فالامر كان محل خلاف بين الفقهاء المسلمين ، فقد اجاز الائمة الحنفية والمالكية والحنابلة اقرار الصبي المميز في التصرفات النافعة له وفي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فيجوز الاقرار بالامور المتعلقة بها في حدود الاذن اذا كان ماذونا او باجازة الولي ، في حين ذهب الشافعية والجعفرية الى ان اقرار الصبي وتصرفاته لا تجوز مطلقا حتى من الماذون (١٩٣) .

اما الوضع بالنسبة للقوانين الوضعية عموما ، فقد حددت المادة /٦١ من قانون الاثبات العراقي موقفها بهذا الخصوص ، اذ اخذت بالرأي الاول للحنفية ، فاجازت صحة اقرار الصبي المميز الماذون في حدود الاذن الممنوح له وفي الامور المتعلقة او المتصلة بالعمل الذي يجوز له القيام به ، ولكن هذا فيما يتعلق بالاعمال التجارية والقرارات بالامور المالية ، فنصت على انه " يكون لقرار الصغير المميز الماذون حكم اقرار كامل الاهلية في الامور الماذون فيها " وتطابقها المادة /٤٧ من قانون البيئات الاردني والمادة /٩٦ من قانون البيئات السوري والمادة /٩١ من قانون الاثبات اليمني .

كما نصت المادة /٩٩ من القانون المدني العراقي على ان " الصغير الماذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد " .

اما بالنسبة لمسالة اقرار النسب فان قانون الاحوال الشخصية العراقي اجاز ذلك لمن اكمل الخامسة عشر من عمره الزواج بعد الحصول على اذن او موافقة القاضي ، (١٩٤) ويعد من اكمل الخامسة عشر وتزوج بحكم كامل الاهلية بموجب المادة /٣- أ من قانون رعاية القاصرين النافذ ذي الرقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل ، والتي نصت على انه " الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشر من العمر ويعتبر من اكمل الخامسة عشر وتزوج باذن المحكمة كامل الاهلية " .

وبهذا فان اقرار الصغير الذي اكمل الخامسة عشر من عمره والماذون له بالزواج من المحكمة يكون اقراره في حكم كامل الاهلية، ويلتزم في اقراره في المسائل المالية وغير المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية كالمهر والقرار بالنسب ، وفيما عدا الصبي الذي اكمل الخامسة عشر من عمره المتزوج لا يصح اقرارالصبي المميز بالنسب ، وذلك لان هذا الاقرار يتطلب اهلية كاملة نظرا لخطورة النتائج المترتبة عليه ، وبهذا يعد اقرار الصبي المميز المتزوج بالنسب

(١٩٣) للمزيد من التفصيل حول الخلاف ينظر : ابو الحسن الماوردي ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ وما بعدها .

(١٩٤) للمزيد من التفصيل تنظر : المادة /٨ من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

صحيحاً ، نظراً لان النسب هو من الاثار المهمة المترتبة على عقد الزواج ، وزواج الصبي دليل على احتمال صحة إقراره بنسب المقر له اذا توافرت الشروط الاخر .

وفي هذا المضمار جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان اعتبار من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية استناداً لنص المادة / ٣ - اولاً - أ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ انما يتعلق بالاحكام الخاصة بالاحوال الشخصية دون الحقوق المالية التي تسري عليها احكام المواد من ٤٠ الى ٥٩ من القانون المذكور، لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الطعون التمييزية وصادر القرار بالاتفاق في ٢/شعبان/١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/٨/٣" (١٩٥).

كذلك يشترط في المقر بالنسب ان يولد مثل المقر له بالنسب من مثل المقر، فيشترط ان لا يكذبه ظاهر الحال بان يكون المقر في سن لا تسمح له بالاقرار بالنسب للمقر له أي ان يكون فارق السن بينهما قليلاً، بحيث يتصور ان يكون المقر ابا او ابناً لان الواقع يكذب مثل هذا الاقرار (١٩٦)، وبهذا نصت المادة / ١٥٧٧ من مجلة الحكام العدلية على انه " يشترط ان لا يكذب ظاهر الحال الاقرار بناء عليه اذا اقر الصغير الذي لم تتحمل جنثه البلوغ بقوله بلغت لا يصح اقراره ولا يعتبر " .

وهذا ما نصت عليه ايضا القوانين عموماً ، فنصت المادة / ٦٤ - اولاً من قانون الاثبات العراقي على انه " يشترط في الاقرار الا يكذبه ظاهر الحال " وتطابقها المادة / ٤٨ من قانون البيئات الاردني والمادة / ٩٧ من قانون البيئات السوري .

اما بخصوص الشروط التي تتعلق بالمقر له بالنسب فهي ثلاثة شروط (١٩٧):

١- ان يكون المقر له مجهول النسب .

٢- ان يكون المقر له حياً وقت الاقرار بالنسب .

٣- ان يصدق المقر له للمقر في اقراره .

(١٩٥) قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية الهيئة التمييزية رقم / ٢٧٠/م/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٣ (قرار غير منشور).

(١٩٦) ينظر: د. محسن ناجي ، مرجع سابق ، ص ٣٧٨.

(١٩٧) للمزيد من التفصيل ينظر: سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ٨٠٦.

بموجب الشرط الاول ينبغي ان يكون المقر له مجهول النسب أي غير معروف الاب ، اما اذا كان معروف النسب فان اقراره لا يصح لانه لا يصادف محلا ، ولان النسب الثابت من قبل لا يرتفع بمجرد الاقرار ، ويعد ولد الملاعنة الذي نفى نسبه عن ابيه في حكم معروف النسب فلا يصح ان يدعيه غير الملاعن (١٩٨) .

وبهذا نصت المادة /١٥٧٨ من مجلة الاحكام العدلية على انه " يشترط ان لا يكون المقر له مجهولا بجهالة فاحشة واما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة لصحة الاقرار ... " .

كما اخذت بعض القوانين بهذا الشرط ايضا كقانون الاحوال الشخصية العراقي وقانون الاحوال الشخصية الاردني والكويتي والمصري والسوري والجزائري (١٩٩) .

وفي هذا الخصوص جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق انه " اذا اقر الزوج بنسب الطفل المجهول النسب وقررت المحكمة ثبوت نسبه منه فيتربط على هذا الاقرار نفس الاثار الشرعية والقانونية التي يرتبها الاقرار بالبنوة وفق قانون الاحوال الشخصية ولا تسمع الدعوى بعد وفاة المقر لاثبات عدم صحة هذا النسب لاي سبب " (٢٠٠) .

وحسنا فعلت محكمة تمييز العراق بقرارها هذا ، اذ ان النسب الثابت بالاقرار له نفس قوة النسب الثابت بالفراش ، وهذه المسألة هامة جدا اذ لا يمكن نفى هذا النسب بعد وفاة المقر حتى وان قدم المدعي ادلة على عدم صحة هذا الاقرار ، لان النسب اذا ثبت بالاقرار لا يحتمل الانكار .

وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لاحكام الشرع والقانون للاسباب التي استند اليها، وذلك لان التحقيقات التي أجرتها المحكمة اتبعا لقرار النقض الصادر من هذه المحكمة المرقم /٢٧٦٨/ش/١/٢٠٠٨ والمؤرخ في ٢٣/٩/٢٠٠٧ ، اثبتت ان المميز عليها المدعي عليها سجلت في دائرة الاحوال الشخصية في كركوك في السجل المرقم /٨/صحيفة رقم/ ١٥١٧ باسم والدها

(١٩٨) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٣٣٤ .

(١٩٩) ينظر : المادة /٥٢-أ من قانون الاحوال الشخصية العراقي والمادة /١٤٩ من قانون الاحوال الشخصية الاردني والمادة /١٧٣ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة /٤١ من قانون الميراث المصري النافذ رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المعدل والمادتان /١٣٤-١٣٥ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمادة /٤٤ من قانون الاسرة الجزائري .

(٢٠٠) قرار محكمة تمييز العراق رقم /٦٦٣/هيئة عامة /١٩٧٩ في ١٦/٢/١٩٨٠ ، مجموعة الاحكام العدلية، وزارة العدل العراقية ، ع ١٤ ، س ١١ ، ١٩٨٠ ، ص ٣٧ .

(ب) مورث المميّزة المدعيّة ووالدتها (س) مواليد ١٩٦٧/٣/١، استنادا لقيّد ولادتها الصادر من مديرية صحة كركوك طبقا للاوضاع والضوابط المقررة في هذا الخصوص، وانه سجل قيدها لم يتضمن انه متبناة من مورث المميّزة، وانما سجلت على انها ابنة لمورث المميّزة حالها حال بقية اشقائها ومنهم المميّزة وهذا ما اقر به الشخص الثالث (ش) الذي صدر القسم الشرعي المطلوب تصحيحه، كما ان الثابت من وقائع الدعوى ان والدي المميّز عليها المدعي عليها لم ينفيا نسب ابنتهما المميّز عليها حال حياتها وحتى تاريخ وفاتهما، لذلك لا يجوز نفي نسبها من قبل الغير بعد وفاتهما .. وحيث ان سجلات الاحوال المدنية تعتبر من قبيل السجلات الرسمية، وحيث ان السجلات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من امور قام بها موظف عام ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا عملا بحكم المادة /٢٢-أولا وثانيا من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، وحيث ان السجل الذي سجل فيه المميّز عليها المدعيّة بأنها ابنة لمورث المميّزة / المدعيّة لم يتبين تزويده، لذلك تكون دعوى المميّزة المدعيّة لا سند لها من القانون، لذلك يكون الحكم المميّز الذي قضى ببرد دعوى المميّزة / المدعيّة كان تطبيقا سليما للاحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بطلب نفي النسب لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميّزة رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٣/ذي القعدة/١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/١١/١١^(٢٠١).

وفعلا اصابت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها هذا، فاذا ما اقر والدي البنت بينوتها لهما حال حياتهما وحتى تاريخ وفاتهما فلا يجوز اطلاقا نفي نسبها من قبل الغير بعد وفاتهما لانه يخالف اساسا احكام الشرع والقانون ، فالنسب يثبت بالاقرار وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفي، لان النفي يكون انكارا بعد اقرار فلا يسمع ، واذا انكر الورثة نسب الصغير بعد الاقرار لا يلتفت اليهم ، لان النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو اعلم من غيره بما اقر به فيرجح قوله على قول غيره .

ومحاولة منا لبيان استقلالية هذه المسائل واهميتها فإننا ندعو المقنن العراقي الى اضافة فقرة جديدة للمادة /٥٢ من قانون الاحوال الشخصية لتكون بالصيغة الاتية :- "٣- متى ثبت الاقرار الزم المقر به وبآثاره المترتبة عليه ولا يقبل منه بعد ذلك الرجوع عنه حتى بموافقة المقر له بعد بلوغه، او الزوجين عليه او ورثة احدهما، لتعلقه بحق الولد الذي لا يجوز جرده بعد ثبوته" .

اما بموجب الشرط الثاني من الشروط التي تتعلق بالمقر له بالنسب ، فهو ان يكون المقر له حيا وقت الاقرار بالنسب وهذا هو الاصل ، لانه يكون بحاجة الى ثبوت نسبه حال

(٢٠١) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /١٩٩٢/ شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١١/١١ (قرار غير منشور).

حياته والحفاظ عليها من الضياع والتشرد ، اما اذا اراد المقر الاقرار بالنسب لشخص ميت فالمسألة محل خلاف فقهي بين الفقهاء المسلمين، اذ ذهب جمهور الفقهاء من الاثمة الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية (٢٠٢)، الى انه لا يشترط ان يكون المقر له حيا وقت الاقرار بالنسب ، بل يصح الاقرار حتى وان كان ميتا، في حين ذهب الاحناف الى الاشتراط لصحة الاقرار بالنسب ان يكون المقر له حيا وقت الاقرار، لان الانسان ينتفع بالنسب حال حياته ، فاذا مات انقطع عن الدنيا ولم يعد في حاجة النسب في شيء فلا تكون هناك فائدة من اثباته بعد الموت (٢٠٣)، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي وهو اشتراط حياة المقر له وقت الاقرار اذ يجب ان يكون المقر له موجودا حقيقة او حكما ومعلوما وقت الاقرار ليسري الاقرار في مواجهته .

اما قوانين الاحوال الشخصية عموما كالقانون العراقي والاردني والكويتي ، فلم تنص على هذا الشرط من ضمن الشروط المتطلبة للاقرار بالنسب، ولكن يمكننا ان نرجع الى القواعد العامة في الاقرار في قانون الاثبات العراقي فنلاحظ ان المادة /٦٢- اولا نصت على انه " يشترط ان يكون المقر له شخصا موجودا حقيقة او حكما ومعلوما وقت صدور الاقرار " فهذا حكم عام يسري على جميع انواع الاقرار ومنها الاقرار بالنسب .

ويمكن للقاضي ان يستعين به في مسألة الاقرار بالنسب ، الا ان الضرورة تبقى قائمة في النص على هذا الشرط صراحة في قانون الاحوال الشخصية لاختلاف الاقرار بالنسب في بعض الاحكام على باقي انواع الاقرار بالمال .

اما بموجب الشرط الثالث من الشروط التي تتعلق بالمقر له بالنسب ، فهو ان يصدق المقر له للمقر في اقراره ، لان الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه الى غيره الا ببينة او تصديق ، فان كان المقر له طفلا غير مميز ثبت نسبه بالاقرار من غير حاجة الى تصديق، لانه ليس اهلا للتصديق، وفي ثبوت نسبه من المقر مصلحة له تقتضي ان يثبت نسبه وان لا يبقى مجهول النسب فلا تتوقف على التصديق (٢٠٤) .

بينما نلاحظ ان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم ينص على شرط تصديق المقر له بالبينة واكتفى فقط بالنص على هذا الشرط في حالة الاقرار بالابوة والامومة ، فقد نصت المادة /٥٣ منه على ان " اقرار مجهول النسب بالابوة او الامومة يثبت به النسب اذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله " في حين نصت المادة /٥٢-١ منه على انه " ١- الاقرار بالبينة- ولو

(٢٠٢) للمزيد من التفصيل ينظر : المحقق المحلي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ١١٥؛ وزكي الدين شعبان ، مرجع سابق ، ص ٥٨٨ .

(٢٠٣) للمزيد من التفصيل ينظر : الكمال بن همام ، فتح القدير ، ج ٣ ، ط ١ ، مصر ، ١٣١٦ هـ ، ص ٤١٩ .

(٢٠٤) ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ٥١٩ .

في مرض الموت - لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله" وحسنا فعل القانون باعطاء حق الاقرار حتى في مرض الموت ، وذلك مراعاة لمصلحة الطرفين ، فالمقر في مرض الموت يرجو رحمة الله تعالى ويقر بما يرضي الله تعالى ، والمقر له يرفعه ثبوت نسبه من الذل والضياع الى الاحترام واستقرار النسب الثابت ، الا ان الماخذ على نص المادة انها لم تنص هنا على شرط تصديق المقر له للمقر في اقراره، ويعد هذا بتقديرنا نقصا تشريعا يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار مسالة اكماله ، ونقترح في ذلك ان يتبع نهج قانوني الاحوال الشخصية الاردني والكويتي^(٢٠٥)، في النص على شرط التصديق، فقد نصت المادة /١٧٣ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي على ان " اقرار الرجل ببنة مجهول النسب ولو في مرض الموت يثبت به النسب ان لم يكذبه العقل او العادة ولم يقل انه من الزنى ولا يشترط تصديق المقر له الا اذا كان مكلفا واقرار مجهول النسب بابوة رجل له يثبت النسب متى توافرت الشروط المذكورة في الفقرة السابقة " .

كما نصت المادة /١٧٤ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي على انه " أ- يثبت نسب الولد من الام باقرارها متى توافرت شروط اقرار الرجل بالولد ولم تكن متزوجة او معتدة وقت ولادته ب- ويثبت نسبه من الام باقراره اذا توافرت الشروط الواردة في الفقرة السابقة " .

اما بخصوص الشروط المتعلقة بصيغة الاقرار فيشترط ان تكون صيغة الاقرار الصادرة من المقر واضحة في دلالاتها على الحاق نسب المقر له به ، فلا يشترط فيه اللفظ بل يصح ان يكون بالاشارة مع القدرة على النطق بخلاف الاقرار بالحقوق المالية^(٢٠٦) .

وهذه هي بالكامل المجموعات الثلاثة من الشروط التي يجب توافرها في الاقرار بالنسب المباشر كي يكون صحيحا ومنتجا لآثاره.

(٢٠٥) تنظر: المادة /١٤٩ من قانون الاحوال الشخصية الاردني اذ نصت على انه " الاقرار بالبنة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر اذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنة مع تصديق المقر له اذا كان بالغا واقرار مجهول النسب بالابوة والامومة يثبت به النسب اذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك " .

(٢٠٦) للمزيد من التفصيل ينظر : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٤٤ .

المطلب الثالث

البينة (الشهادة)

تعد الشهادة الطريق الثالث لثبوت النسب ، فاذا لم يكن للنسب فراش يثبت به او اقرار، تعين اثباته بوسيلة اخرى هي اقامة البينة عليه ، والبينة أصلا من البيان وهو ما يبين به الشيء من الدلالة وغيرها، والمقصود بالشهادة في اصطلاح الفقهاء بانها " اخبار بلفظ الشهادة يعني بقول اشهد باثبات حق احد هو في ذمة الاخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر شاهد وللمخبر له مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به " (٢٠٧).

والشهادة أساسا هي حجة متعدية غير قاصرة حكمها الثابت بها على المدعى عليه بل يثبت في حقه وحق غيره ممن له علاقة بالقضية لان حجية البينة مستندة الى القضاء ، فالبينة حجة متعدية لان البينة كاسمها مبينة ، فاذا ثبت بالبينة اقرار المدعى عليه مثلا يحكم بمنزلة ما اذا اقر بالحضرة والمشاهدة ، لان " الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان" (٢٠٨)، والبينة المثبتة للنسب هي ان يشهد شهود مثلا باثبات نسب الابن الى الاب، وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين لقوله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (٢٠٩) ، فاذا ادعى شخص بنوة اخر او ابوته او امومته او ادعى ان فلانا اخوه او عمه وانكر المدعى عليه فللمدعى ان يقيم البينة على دعواه ، فان اقامها ثبتت له قرابه النسب التي ادعاها وثبتت له كل الاثار الشرعية التي تترتب عن هذه القرابة، اذا ما توافرت الشروط المعتبرة لصحة هذه الدعوى (٢١٠).

(٢٠٧) المادة / ١٦٨٤ من مجلة الاحكام العدلية العثمانية، وللمزيد من التفصيل حول تعريف الشهادة ومشروعيتها وشروطها ومراتبها والرجوع عنها ينظر: أ. د. وهبة الزحيلي، العقوبات الشرعية ، مرجع سابق، ج٤، ص٢٧٣.

(٢٠٨) المادة / ٧٥ من مجلة الاحكام العدلية، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. محمد صدقي البورنو ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ ؛ والشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا ، مرجع سابق ، ص ٣٦٧.

(٢٠٩) سورة البقرة الاية ٢٨٢.

(٢١٠) للمزيد من التفصيل حول بيان شروط الشهادة الاساسية وبيان موافقه الشهادة للدعوى تنظر: المواد / ١٦٩٦ - ١٧١١ من مجلة الاحكام العدلية العثمانية.

الا انه اذا كانت الدعوى باصل النسب وهو الابوة او البنوة في حالة حياة الاب او الابن سمعت الدعوى سواء كانت الدعوى مجردة من اي حق اخر ام كانت في ضمن دعوى حق اخر كالنفقة او الارث ، وان كانت بعد الوفاة فان الدعوى لا تسمع الا اذا كانت ضمن حق اخر لان المدعى عليه اذا كان ميتا كان في حكم الغائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصدا ويصح تبعا ، اما اذا كانت الدعوى بما يتفرع على اصل النسب كالاخوة والعمومة فلا تسمع الا اذا كانت في ضمن دعوى حق اخر ، سواء كانت الدعوى في حالة حياة من يدعي ثبوت النسب منه ام كانت بعد وفاته ، لان النسب في هذه الحالة لا يثبت من المدعي الا اذا ثبت اولا من الاب اذا كانت الدعوى بالاخوة ، والا اذا ثبت اولا من الجد ان كانت الدعوى بالعمومة ، ومن ثم لا يكون النسب هو المقصود اولا وبالذات للمدعي بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والارث (٢١١) .

وبهذا تعد البينة اقوى حجة وسبيل لإثبات النسب فالثابت بها من الانساب اقوى من الثابت بالاقرار او الدعوى ، لان البينة اقوى الادلة، وعلى هذا كان الرجل الذي يدعي نسب اخر ويقيم بينه على دعواه احق من الذي يقر بنسبه ، لان النسب وان ظهر بالاقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان لانها اقوى منه (٢١٢).

وقد اخذت الشريعة النصرانية بالبينة طريقا لثبوت النسب ايضا ، فقد نصت المادة /١٠٠-٣ من قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس انه " يجوز الحكم بثبوت النسب في حالة ثبوت وجود خطابات او محررات اخرى صادرة من الاب المدعى عليه تتضمن اعترافا بالابوة اعترافا صريحا " (٢١٣).

(٢١١) ينظر : بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ٥٢٦ .

(٢١٢) ينظر : المرجع السابق، ص ٥٢٨ .

(٢١٣) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين ، مرجع سابق ، ص ٤٤٦ . ومما تجدر الاشارة اليه ان الشهادة كانت وسيلة من وسائل الاثبات المهمة في قانون حمورابي ، وهناك لوح موجود في متحف اللوفر في باريس يرجع تاريخه الى قانون حمورابي يتضمن قرارا قضائيا يتناول الاثبات بالبينة والاقرار؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : أ.د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها .

وفي هذا الخصوص ينبغي الإشارة الى ان المادة / ٥٢-٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي نصت على انه " اذا كان المقر امرأة متزوجة او معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا بتصديقه او بالبينة " وتطابقها المادة / ١٣٤-٢ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمادة / ٩٣ من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، في حين نصت المادة/٤٠ من قانون الاسرة الجزائري على انه "يثبت النسب بالزواج الصحيح او بالاقرار او بالبينة او بنكاح الشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد / ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لاثبات النسب".

ووفقا لذلك فان نصوص المواد جاءت مؤكدة على البينة كوسيلة من وسائل اثبات الفراش ، وهي البينة الشخصية أي الشهادة التي يؤكد بها المدعي دعواه وهي حجة معتبرة لثبوت النسب، فلو حصل نزاع في نسب المولود ولم يكن سبب النسب ثابتا بالفراش ولم تتحقق شروط الاقرار المطلوبة كلف المدعي ان يثبت ادعاءه بالشهادة امام القضاء (٢١٤) .

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية انه " ادعت المدعية لدى محكمة الاحوال الشخصية في النجف ان المدعي عليه هو زوجها الداخل بها شرعا وقانونا، وقد تزوجها خارج المحكمة بتاريخ ٢٠٠٢/٨/١ على مهر معجل قدره مليون دينار ومؤجل قدره مليونين دينار، وقد انجبت منه من فراش الزوجية الولد (ثار الله) تولد ٢٠٠٥/٤/٧ والبنت نرجس تولد ٢٠٠٧/٦/٢٢ مولود في النجف ومن المسلمين العراقيين، وحيث لم يسجل في السجلات المختصة والحكم بتصديق الزواج واثبات نسب الاطفال وتأشير ذلك في سجلات الاحوال الشخصية وتحمله الرسوم والمصاريف، اصدرت محكمة الموضوع بالعدد /٥/ش/١/٢٠٠٨ وبتاريخ ٢٠٠٨/١/٢١ حكما حضوريا قضى أولا- بتصديق زواج المدعية من المدعي عليه الواقع خارج المحكمة بتاريخ ٢٠٠٢/٨/١ على مهر معجله مليون دينار ومقبوض مؤجله مليون دينار تستحق عند المطالبة والميسره حال كونها (باكر) وحال كونه (اعزب) والعلاقة الزوجية لا زالت مستمرة بينهما ثانيا - ثبوت نسب الذكر (ثار الله) تولد ٢٠٠٥/١/٧ والانثى نرجس تولد ٢٠٠٧/٧/٧ والدهم المدعي عليه وانهم من العراقيين المسلمين ومحل ولادتهم مدينة النجف وتأشير الدرجة القطعية ثالثا - تحميل المدعي عليه الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعية، طعن المميز بقرار الحكم اعلاه تمييزا طالبا نقضه للاسباب الواردة بلائحته المؤرخة ٢٠٠٨/١/٢٣ . القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف

(٢١٤) للمزيد من التفصيل ينظر: د. حمد عبيد الكبيسي. ود. احمد علي الخطيب ود. محمد عباس السامرائي،

لاحكام الشرع والقانون، ذلك لان الواجب تكليف المميز عليها / المدعية اثبات دعواها بالبينة
المعتبرة والاستماع لشاهدي مجلس الزواج او الزفاف والاستماع للبينة الشخصية على الولادة
لتعلق الدعوى بقاصرين، لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير بها وفق ما تقدم
على ان يبقى رسم التمييز للنتيجة، و صدر القرار بالاتفاق استنادا لاحكام المادة / ٢١٠-٣ من
قانون المرافعات المدنية في ٢/ربيع الاول / ١٤٢٩ هـ والموافق ٩/٣/٢٠٠٨ " (٢١٥).

وعلى نفس المنوال ايضا قررت محكمة النقض المصرية ان النسب وثبوته في جانب
الرجل بالفراش والاقرار والبينة يكفي في البينة ان تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه
الشرعي (٢١٦).

ويكون نصاب الشهادة المطلوب عادة في دعاوى النسب هو شهادة رجلين او رجل
وامرأتين عند جمهور الفقهاء، اما فقهاء الجعفرية فان دعوى النسب لا تثبت الا بشهادة رجلين
عدلين ولا تقبل شهادة النساء لا منفردات ولا منظمات الى الرجال (٢١٧).

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي فلم ينظم الشهادة بوصفها طريقا لاثبات النسب مثل
نصه على الفراش والاقرار، فيما عدا اشارته الواردة في المادة/ ٥٢-٢ المذكورة انفا والتي نصت
على انه " ٢- اذا كان المقر امراة متزوجة او معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها الا
بتصديقه او البينة " أي حالة اقرار المرأة المتزوجة بنسب المولود، وان هذا النوع من الاقرار فيه
تحميل على الغير وهو الزوج لذا لا يثبت الا بتصديقه، واذا لم يصادق الزوج زوجته او معتدته
على ادعائها نسب المولود، فان لها اقامة البينة على صحة ادعائها، لذلك لا بد ان نرجع الى
القواعد العامة في قانون الاثبات العراقي لتعرف الشهادة بوصفها احد طرق اثبات النسب، كذلك
فان القاضي يرجع في هذا الامر الى قواعد الشريعة الاسلامية (٢١٨).

(٢١٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٧١١/شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٩/٣/٢٠٠٨ (قرار غير
منشور).

(٢١٦) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم /٢٢/ لسنة ٦١ ق احوال شخصية جلسة ١٩٩٤/٩/٢٧
نقلا عن: د. شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٢١٧) ينظر: بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٢٨. والمحقق المحلي،
مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٧.

(٢١٨) تنتظر: المواد /٧٦-٩٧ من قانون الاثبات العراقي.

وتطبيقاً لذلك فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون، وذلك لان اجراءات المحكمة في اثبات الجبر المدعى به وفق المادة /٤٣-اولا-٢ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، كانت خلافا لاحكام المادة /١١- ثالثا من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، وذلك لان المسائل غير المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية والتي لها دليل شرعي خاص بها لا تخضع لاحكام قانون الاثبات بموجب احكام المادة المذكورة، وحيث ان الواقعة المراد اثباتها هي من المسائل غير المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية ولها دليل شرعي خاص بكيفية اثباتها، لذا فان اثباتها لا تخضع لقواعد الاثبات المقررة في قانون الاثبات وانما للحكم الشرعي الخاص باثباتها، وحيث ان القواعد الشرعية الخاصة باثبات الادعاء بهذه الدعوى يتطلب اثباتها بشهادة شاهدين من الرجال او بشهادة شاهدين من النساء مع رجل على الاقل، واذا تم الاستماع لشهادة شاهدين فان ذلك يتم عن طريق الاستماع لاقوالهن جنبا بجنب وليس على الانفراد، وحيث ان المحكمة قد خالفت ذلك واعتمدت في اثبات الهجر المدعى به على شهادة شاهدين فقط، وانها استمعت لشهادتهن خلافا للقواعد الشرعية المقررة للاستماع لشهادة النساء، مما يقتضي من المحكمة تكليف وكيل المميز عليها/ المدعي باثبات دعوى موكله وفق الاحكام الشرعية المقررة لاثباتها، وتكليفه باحضار بيعة شخصية اخرى هذا لا يخل بحق المميز / المدعي عليه باحضار شهود لرد هذا الادعاء، عملا باحكام المادة /٨٠ من قانون الاثبات مع مراعاة احكام المادة /١١٨ من قانون الاثبات اذا الت اجراءات الاثبات على شهود الطرفين، عليه قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز لنتيجة و صدر القرار بالاتفاق في ٢/ ذي القعدة / ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/١١/١٢^(٢١٩).

^(٢١٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٣٣٢٠/ شخصية اولى /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١١/١٢ (قرار غير منشور).

المطلب الرابع

القيافه والبصمة الوراثية

تعد القيافه مصدر قاف واسم فاعله قائف والجمع القافة ، يقال قاف أثره من باب قال اذا اتبعه مثل قفا أثره^(٢٢٠)، والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره الى اعضاء المولود ، والقائف والقواف الذي يتتبع الاثار ويعرف شبه الرجل بأخيه وابيه^(٢٢١).

فهي اذن استطلاع اوجه الشبه بين اعضاء شخصين او في اثار اقدامهما للاستدلال من وراء ذلك على ان الشخصين ينتمي احدهما الى الاخر^(٢٢٢)، أي بالتحديد الحاق الولد باصوله لوجود الشبه بينه وبينهم بالنظر الى عوامل الوراثة التي تظهر وتشاهد في المولود عن طريق المعانية^(٢٢٣).

وقد اعتمد الاسلام على طريق القيافه كوسيلة من وسائل اثبات النسب استهدافا منه لتفادي مشاكل انقطاع النسب على المستوى الاجتماعي وعلى المستوى النفسي للفرد ، ففي عهد الرسول (ﷺ) كان بعض الناس يشكون ان يكون اسامة حب رسول الله (ﷺ) ابنا لزيد بن حارثة، وذلك لان اسامة كان اسود اللون وزيد بن حارثة كان ابيض اللون ، فاستعمل الرسول (ﷺ) لازالة هذه اللوثة عن اسامة وابيه وسيلة الاثبات بالقيافه ، فجاء بقائف ماهر يدعى مجزر المدلجي ووضع اسامة وزيدا بعد ما غطى وجه كل منهما وقال له تأمل هذه الارجل ، فقال القائف ان هذه الاقدام بعضهما من بعض ، وذلك فيما روته ام المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت "ان رسول الله (ﷺ) دخل علي مسرورا تترك اسارير وجهه فقال الم تري ان مجزرا نظر انفا الى زيد بن حارثة واسامة بن زيد فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض"^(٢٢٤) رواه الامام البخاري .

^(٢٢٠) ينظر : محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص ٥٥٦ .

^(٢٢١) ينظر : فؤاد افرام البستاني ، مرجع سابق، ص ٦٢١ .

^(٢٢٢) ينظر : محمد الحبيب التجكاني، النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، من دون سنة طبع، ص ٢٨٧ .

^(٢٢٣) ينظر : د. عبد العزيز خليل بديري ، القضاء في الاسلام وحماية الحقوق ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٦٣ . ود. عطية مشرفة، القضاء في الاسلام، ط ٢، مطبعة دار الغد، مصر ، ١٩٦٦ ، ص ٨٢ .

^(٢٢٤) صحيح البخاري ، مرجع سابق، ص ١٣٦٩ (كتاب الفرائض، باب القائف، رقم الحديث ٦٧٧٠).

فهذا الحديث يدل على ان رسول الله (ﷺ) استعان بالخبير في المعاينة الفنية والخبرة ففضى بأن الحاق القافه يفيد النسب ، اذ كان نسب اسامة بن زيد ثابتا بالفراش ، ولكن الناس كانوا يقدحون ويطعنون في نسب اسامة من زيد وكونه اسود وزيد ابيض وهم كانوا يعتمدون على قول القائف ، فلما عاينهم القائف وجد ان تلك الاقدام بعضها من بعض ، فسر النبي (ﷺ) بذلك القول الذي ازال التهمة والحق الفرع بأصله .

والاصل اذن في مشروعيتها فعل الرسول (ﷺ) كما وردت احاديث كثيرة تحكي وقائع حكم فيها بالقيافه ومن ذلك ما اخرج به البخاري عن ابن عباس (رضي الله عنه) (٢٢٥)، ومسلم عن انس بن مالك فقال ((ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان اخا البراء بن مالك لأمه وكان اول رجل لاعن في الاسلام قال فلاعنها فقال رسول الله (ﷺ) ابصروها فان جاءت به ابيض سبطا قضى العيين فهو لهلال بن امية وان جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فانبتت انها جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين)) (٢٢٦).

وقد اثبت النسب بالقيافة بعد ذلك كل من الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وعلي بن ابي طالب (رضي الله عنه) وأبو موسى الاشعري وعبد الله بن عباس وانس بن مالك (رضي الله عنه) ولا مخالف لهم في الصحابة ، وقال بها من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء بن ابي رباح والزهري واياس بن معاوية وقتادة واحد قضاة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وهو كعب بن سوار ، ومن تابعي التابعين الليث بن سعد ومالك بن انس واصحابه ، ومن بعدهم الإمام الشافعي واصحابه واسحاق وأبو ثور واهل الظاهر كلهم فهو قول جمهور الامة ، في حين خالفهم في ذلك الإمام أبو حنيفة واصحابه وقالوا العمل بها تعويل على مجرد الشبه وقد يقع بين الاجانب وينتفي بين الاقارب (٢٢٧).

وقد ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال : اخبرني عروة ان عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) دعا القافة في رجلين اشتركا في الوقوع على امرأة في طهر وادعيا ولدها فالحقته القافة باحدهما ، بينما روى قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن علي ان رجلين وقعا على امرأة في طهر فجاءت بولد فدعا له علي (رضي الله عنه) القافة وجعله ابنيهما جميعا يرثهما ويرثانه (٢٢٨).

(٢٢٥) ينظر : صحيح البخاري ، مرجع سابق، ص ٩٧٧ (كتاب التفسير ، باب ويدرو عنها العذاب ... ، رقم الحديث ٤٧٤٧) .

(٢٢٦) صحيح مسلم ، مرجع سابق، ص ٦١٧ (كتاب اللعان، رقم الحديث ٣٧٥٧) .

(٢٢٧) ينظر : الامام ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ط ١، ترتيب وتبويب صالح احمد الشامي، المكتب الاسلامي، بيروت ، ص ٣٣٥ .

(٢٢٨) ينظر : الامام ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص ٣٣٧-٣٣٨ .

وهكذا فقد اعتبر الفقهاء المسلمون القيافة طريقة من طرق الاثبات عند عجز البينة القاطعة ولم يخالفهم في ذلك احد غير الحنفية ، فالاصل كما بينا مشروعيتها فعل الرسول (ﷺ) وفعل الصحابة (رضي الله عنهم) من بعده^(٢٢٩)، لذا يمكن عد طريقة القيافة الوسيلة الرابعة بعد الفراش والبينة والاقرار بوصفها وسيلة من وسائل اثبات نسب الجنين ، الا انه ينبغي التأكيد على ان الوسائل الثلاثة الأولى هي محل اتفاق بين الفقهاء المسلمين ، اما القيافة فقد اخذ بها جمهور الفقهاء فقط وخالفهم اخرون كما بينا ذلك آنفا .

وبهذا فقد اشترط الفقهاء القائلون بمشروعية القيافة ووجوب العمل بها وقوع التنازع في الولد نفيا أو اثباتا وعدم وجود دليل يقطع هذا التنازع ، كما إذا ادعاه رجلان أو امرأتان أو إذا وطئ رجلان امرأة بشبهة وامكن ان يكون الولد من احدهما وكل منهما ينفيه عن نفسه أو يثبتته لنفسه، فان الترجيح يكون بقبول القيافة ، ولذا لا يجوز لمن عرف نسبه من الوجوه الشرعية ان يطلب تحقيق نسبه بالنظر إلى الشبه بالقيافة الا عند التنازع باعتبار القيافة اضعف ادلة اثبات النسب من الفراش أو البينة أو الاقرار ، فاذا وجد دليل من هذا دون معارض لم يكن هناك وجه للعمل بأضعف منه^(٢٣٠).

وبهذا يتضح لنا ان الاحتكام إلى قرينة الشبه والتي يطلق عليها في الشريعة الإسلامية القيافة هو في حقيقته احتكام إلى مصطلح ظهر حديثا في عصرنا الحاضر الا وهو البصمة الوراثية .

^(٢٢٩) للمزيد من التفصيل ينظر : د. شوكت عليان ، الوجيز في الدعوى والاثبات في الشريعة الإسلامية ، ط ١ ، الدار العربية ، الرياض ، ١٩٧٨ ، ص ١٤٠ .

^(٢٣٠) للمزيد من التفصيل ينظر : صلاح الدين دكداك، وحدة فقه المعاملات في كلية الشريعة في فاس ، المجلة القانونية ، اثبات النسب بواسطة الخبرة الطبية والاعتماد على البصمة الوراثية ، اعداد اشرف بداوي ، ٢٠٠٦ ، منشور على الموقع الآتي :

فالبصمة الوراثية يمكن اعتبارها والاختذ بها حتى عند الذين يردون القيافه ، وذلك لانتقاء التهم الواردة في مسألة القيافه في حالة البصمة الوراثية ، لان نتائج البصمة الوراثية محسوسة وقطعية بخلاف القيافه^(٢٣١).

ويثار السؤال الآتي ما المقصود بالبصمة الوراثية؟ وهل تعد هذه الوسيلة الجديدة طريقة شرعية لاثبات هذا النسب؟.

بالحقيقة والواقع أن البصمة الوراثية حدث جديد لم يكن له وجود قبل عشرين عاما خلت، الا انها أصبحت الآن حقيقة بل واقع ملموس فرضت نفسها بالفعل ، واثبتت نجاحها كدليل في الكثير من القضايا ، فالبحوث العلمية اثبتت انه يمكن من خلال البصمة الوراثية اثبات البنية بنسبة عالية من الصحة تصل إلى حد القطعية في حالة اجرائها وفق الضابط والاجراءات المقررة لها^(٢٣٢).

ولمعرفة ما معنى البصمة الوراثية لابد من معرفة ما المقصود بالبصمة اولا ، فيقصد بالبصمة لغة ما بين طرف الخنصر والى طرف البنصر^(٢٣٣)، كما يقصد بالوراثية لغة أي الوراثية الانتقال فورث اباه منه ووراثه وارثا اورثه ابوه وورثه جعله من ورثته والمورث الطرف من الاشياء^(٢٣٤).

(٢٣١) ينظر : د. علي محي الدين القرداغي، البصمة الوراثية في منظور الفقه الاسلامي، منشور على الموقع الآتي :

[Http://www.Themml.org/bodies/researches/default.aspx?t=10ccidi=170c1=AR](http://www.Themml.org/bodies/researches/default.aspx?t=10ccidi=170c1=AR)

(٢٣٢) تجدر الإشارة إلى ان نسبة اثبات النسب أو نفيه عن طريق البصمة الوراثية قد تصل في حالة النفي إلى حدالقطع أي بنسبة ١٠٠% اما في حالة الاثبات فقد تصل إلى درجة شبه القطعية وذلك بنسبة ٩٩% تقريبا وللمزيد من التفصيل ينظر : د.سفيان العسولي، البصمة الوراثية ، ٢٠٠٦ ، منشور على الموقع الآتي :

[Http://www.noorah.org/0/5/566.htm](http://www.noorah.org/0/5/566.htm)

(٢٣٣) ينظر : محي الدين محمد يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط، ط٧ ، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٣ ، ص١٠٨.

(٢٣٤) ينظر : المرجع السابق، ص١٧٧.

اما من الناحية الاصطلاحية فالبصمة عبارة عن الخطوط البارزة التي تحاذي خطوط منخفضة والتي تكسو رؤوس اصابع الانسان سواء اصابع اليد ام الرجل ، وهي حقيقة تمثل بطاقة شخصية اودعها الله تعالى في جسم الانسان لأنها في غاية الدقة والاعجاز بحيث لا تتشابه بصمة انسان مع اخر (٢٣٥).

اما المقصود بمصطلح البصمة الوراثية فقد وردت تعاريف عديدة الا انها بالمحصلة يقصد بها المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية - ويمكن اخذها من أي خلية بشرية سواء من الدم ام اللعاب ام المنى ام البول ام غيرهم - التي تجعل الشخص مختلفا عن غيره أو انها وسيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقارنة مقاطع DNA الحامض النووي (٢٣٦).

ونتفق مع التعريف المعتمد من قبل المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الخامسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة عام ١٩٨٨ التي بينت انها "البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل انسان بعينه وافادت البحوث والدراسات العلمية انها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي ويمكن اخذها من أي خلية بشرية من الدم أو اللعاب أو المنى أو غيره" (٢٣٧).

وهكذا فقد اسهمت البصمة الوراثية بشكل فعال في اثبات النسب ، فضلا عن الاستعانة بها في العديد من مجالات الطب الشرعي، إذ ان احتمال الخطأ في اثبات النسب أو نفيه ليس واردا ، فان حدث خطأ لا سمح الله تعالى فهو بسبب خطأ في المجهود البشري أو نتيجة عوامل التلوث التي قد تحدث اثناء اخذ العينة المراد فحصها أو من جراء عملية انتحال الصفة (٢٣٨).

(٢٣٥) ينظر : طه كاسب الفلاح الدروبي، المدخل إلى علم البصمات ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٨ .

(٢٣٦) ينظر : د. عارف سرحان علي، البصمة الوراثية تكشف المستور ، منشور على الموقع الآتي:

[Http://www.kharma.com/madina/m.z files/stamn.s.z.htm](http://www.kharma.com/madina/m.z files/stamn.s.z.htm)

؛ وينظر أيضا : جمال الحوشبي ، البصمة الوراثية واثبات النسب ، منشور على الموقع الآتي:

www.nooran.org.pdf

(٢٣٧) د. علي احمد السالوس ، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي، ط ١٠ ، دار الثقافة، قطر ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٢ .

(٢٣٨) ينظر: المرجع السابق، ص ٧٢ .

اما مكانة البصمة الوراثية من بين الوسائل الشرعية الأخرى لاثبات النسب ، فيرى جانب من الفقهاء المعاصرين^(٢٣٩) ، ان حجية البصمة الوراثية تكون كحجية القيافة، إذ يستند إليها بعد الفراش والبيئة والاقرار ولا تتقدم عليهم ، لان هذه الوسائل من الاثبات هي الطرق التقليدية التي اجمعت الامة منذ عهد الصحابة (ﷺ) إلى يومنا هذا إلى الاخذ بها، فاذا وجدت هذه الوسائل التقليدية كلها أو بعضها فانها تتقدم على القيافة أو البصمة الوراثية ، واذا ما حدث تعارض وتنازع بين الادلة المتساوية فمن الاجدر الاحتكام عندئذ إلى القيافة أو البصمة الوراثية، إذ ان جواز العمل بالبصمة الوراثية يستند إلى قياسها على القيافة، فهي اذن تأخذ حكمها وتقع في منزلتها ، فيعمل بها في جميع الحالات التي يستند الفقهاء فيها على القيافة، فاذا ما وطء وطئا يثبت به النسب كالموطوءة بشبهة أو في زواج فاسد أو كالامة المشتركة ، فانها ان اتت بولد احتمل ان يكون من احدهما فيتم الاحتكام إلى البصمة الوراثية لحسم النزاع، وايضا في حالة إذا تزوج رجل بمعتدة واتت بولد بعد ستة اشهر من الزواج وقبل انتهاء اقصى مدة الحمل ، فان هناك احتمالا لاختلاط النسب بين الزوجين فيحسم النزاع في هذه الحالة أيضا عن طريق البصمة الوراثية ، وايضا إذا اختلطت المواليد من الاطفال ببعضها واشتبه النسب كاختلاط المواليد في المستشفيات أو الاشتباه في اطفال الانابيب، كذلك عند التنازع في نسب شخص مجهول النسب وفي حالة وجود بينة لحسم النزاع فالبصمة الوراثية خير علاج للفصل في كل هذه الحالات .

وغني عن البيان انه إذا ما ثبت النسب باحدى طرق الاثبات الشرعية المتفق عليها سواء بالفراش ام بالبيئة أم بالاقرار، فان الشارع الحكيم قد حصر امكانية نفي هذا النسب في طريقة واحدة فقط وهي اللعان ، فلا يجوز استعمال البصمة الوراثية والاستفادة منها في مجال نفي النسب كما لا يجوز تقديمها على اللعان ، وهذا ما اكده المجمع الفقهي الاسلامي برابطة العالم الاسلامي ، فقد جاء ضمن قراراته الصادرة بهذا الخصوص في الدورة السادسة عشر على انه "لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان"^(٢٤٠).

(٢٣٩) ينظر : د. علي محي الدين القرداغي، البصمة الوراثية في منظور الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص٥٧؛ وينظر أيضا: عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية ، منشور على الموقع الآتي :

[Http://www.Themwl.org/bodies/researches/default.aspx?t=1acidi=16ga3=AR](http://www.Themwl.org/bodies/researches/default.aspx?t=1acidi=16ga3=AR)

(٢٤٠) د.فواز صالح ، حجية البصمة الوراثية في اثبات النسب ، مجلة الشريعة والقانون ، اكااديمية نايف للعلوم الامنية ، الرياض ، ع١٩٤، ٢٠٠٣ ، ص١٩٤.

وفي هذا الخصوص جاء في قرار لاحدى المحاكم المغربية حيث رفضت المحكمة المغربية رفضا باتا الاستماع لصوت الدليل العلمي من تحليل الحامض النووي DNA ، إذ ان الاب استصدر حكما في فرنسا تم خلاله اجراء اختبار هناك اثبت ان الطفلة ليست ابنته، الا ان المجلس الاعلى اجتمع ليقر باجماع غرفه على ان البنت للفراش بالرغم من انف والدها، وقضاء قضاة الاسرة المغربية واضحون في منهجهم القائم على اوليات واعتبارات اجتماعية وانسانية صرفة تتجلى في ان المجتمع الاسلامي لا يقبل ان يوجد فيه انسان من دون نسب ولو كان مصدر هذا النسب هو الظن^(٢٤١).

ونتفق مع رأي المجمع الفقهي الاسلامي وكذلك نؤيد قرار محكمة الاسرة المغربية على أنه لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان، الا ان هذا لا يمنع حسب اعتقادنا من الاستفادة من البصمة الوراثية في التقليل من حالات اللعان ، فاذا كان الزوج يشك من ان الولد من فراشه ويريد اللعان فيمكن ان يؤمر إلى اجراء تحليل البصمة الوراثية، فرما اثبت التحليل بنوة الولد من الزوج فيرجع عن قراره باجراء اللعان ، اما إذا اصر الزوج على اللعان فله حق ذلك ، الا انه يجب ان ينبه إلى انه قد يدخل في وعيد من جحد وهو ينظر إلى ولده يوم القيامة^(٢٤٢).

وهكذا يتضح لنا بوضوح ان حجية البصمة الوراثية في الاثبات المدني تكمن في القيمة العلمية لها ، وهي اظهار الحقيقة بطريقة قاطعة تطمئن لها النفوس ويتقبلها العقل دون شك أو ارتياب، ولا يمكن ان نتصور وجود وسيلة بهذا القدر من الدقة والقوة يمكن التوصل من خلالها إلى الحقائق الموجودة خصوصا في قضايا اثبات النسب التي تعد احد اهم الدعاوى الحساسة التي تواجهها المحاكم في الوقت الحاضر .

ولا بد لنا ان نشير في هذا المجال إلى موقف القوانين وبالاخص قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي نظم أحكام النسب ووسائل اثباته، ولكن لم ينص على اية وسيلة علمية جديدة يمكن اللجوء إليها لاثبات النسب، الا انه استنادا لأحكام المادة/١٠٤ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه "للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية" فان للقاضي طبقا للنص القانوني المذكور يجوز له ان يستفيد من وسيلة البصمة الوراثية باعتبارها

^(٢٤١) للمزيد من التفصيل ينظر: مريم جراف ، لعاب ثلاثة اطراف لتحديد نسب الطفل وهوية مواطن، جريدة الاحداث المغربية، ٢٠٠٦، منشور على الموقع الآتي:

^(٢٤٢) للمزيد من التفصيل ينظر: د.محي الدين القرداغي ، مرجع سابق، ص٤٨؛ ود.عمر بن محمد السبيل ، مرجع سابق، ص٢٨.

من ضمن وسائل التقدم العلمي، وكان من الاجدر ان يضع القانون حكما خاصا بهذه الوسيلة في الاثبات .

وكذلك الحال بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية في كل من الاردن ومصر ، في حين جعل قانون الاحوال الشخصية الاماراتي من هذه الوسائل العلمية طريقا لاثبات النسب بشرط ثبوت الفراش، فقد نصت المادة/٨٩ من قانون الاتحادية الاماراتي بشأن الأحوال الشخصية النافذ على انه "يثبت النسب بالفراش أو بالاقرار أو بالبينة أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش"، كما نصت المادة/٤٠ من قانون الاسرة الجزائري على انه "... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لاثبات النسب" .

اما موقف القوانين الغربية في هذا المجال، فقد جعلوا من الوسائل العلمية طريقا لاثبات النسب ايضا^(٢٤٣)، إذ نصت المادة/٣١٣ من القانون المدني الفرنسي على انه "لا يجوز للزوج ان ينفي المولود عن زوجته بسبب عنته ولا بسبب رمي المرأة بالزنا ما لم تكن اخفت عنه ولادة المولود فإن يجوز له ان يثبت بجميع الادلة ان هذا الولد ليس منه" ومنها الخبرة البيولوجية لتحديد البصمة الوراثية وجميع الوسائل العلمية^(٢٤٤).

اما بالنسبة لموقف القضاء العراقي في هذا المضمار فنرى ان اتجاه محكمة تمييز العراق ويعد ان كان موقفها غير واضح سابقا ، اتجه مؤخرا إلى الاعتماد على الوسائل العلمية الحديثة والركون إليها، إذ جاء في احد قراراتها انه "... إذا كان التقرير الطبي الصادر من شعبة تطابق الانسجة في المستشفى يشير إلى ان البصمة الوراثية للمدعية تشابه الطبقات الوراثية للمدعي عليه، وازافة إلى ذلك عززت ذلك بالبينة الشخصية، فيتعين على القاضي ثبوت النسب بها من دون حاجة لتحليفها اليمين المتممة، لان الادلة المقدمة تعد ادلة كاملة وتطبيقا لأحكام المادة /٢١٤ من قانون المرافعات المدنية قررت محكمة التمييز ثبوت نسب المدعية من المدعي عليه" ^(٢٤٥).

^(٢٤٣) ينظر : د.جميل عبد الباقي الصغير ، ادلة الاثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ، ط ١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٤ و ٨٠ ؛ وأ.د. عباس العبودي ، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات المدني ، ط ١ ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص ٢١ وما بعدها .

^(٢٤٤) تنظر : المواد /٣١٢ و ٣١٤ و ٣١٥ و ٣١٦ و ٣٢٢ من القانون المدني الفرنسي .

^(٢٤٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم/١١٤ / موسوعة اولى / ٩٠ في ١٩٩٠/٧/٣١ نقلا عن : ابراهيم المشاهدي ، مختارات من قضاء محكمة التمييز في الأحوال الشخصية ، مطبعة الزمان ، سنة ١٩٩٩ ، ص ٢٠٣ ؛ وينظر قرارها أيضا: رقم/٤٩٤٠/شخصية/١٩٨٨ ، مجموعة الاحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، ع ٢٤ ، ص ٨ ، ١٩٨٨ ، ص ٦٥ .

كما جاء في قرار اخر لها "... وان العوامل الوراثية للبنى (ب) تطابق العوامل الوراثية لكل من (د س) و (ن ك) ومن ثم تعود اليهما ولا تعود لعائلة (ج ح) و (ج س) وفق ما هو مثبت بتقرير اجراء فحص تطابق الانسجة للكشف عن العوامل الوراثية لذوي العلاقة الصادر من مديرية مستشفى الكرامة / شعبة تطابق الانسجة المرقم / ٧٧ في ١٩٩٥/٨/٧، وحيث ان هذا التقرير جاء جازما لاثبات النسب ونفيه في ان واحد بما لا يقبل الشك وانه من الوسائل العلمية الحديثة التي يمكن الركون إليها، ولان من مبادئ الشريعة الإسلامية السماح رعاية الاسرة وحفظ الانساب امتثالا لقوله تعالى ﴿ ادْعُوهُمْ لِابَائِهِمْ هُوَ اقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاهُمْ ﴾ سورة الاحزاب الاية ٥ وحيث ان محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة قد التزمت بوجهة النظر الشرعية والقانونية المبسطة عند اصدار الحكم المميز لذا قرر تصديقه...»^(٢٤٦).

والجدير بالذكر في هذا الصدد ان هناك وسائل علمية حديثة أخرى ظهرت إلى جانب البصمة الوراثية ، والتي فرضت نفسها أيضا في اثبات العديد من القضايا المدنية وخاصة دعاوى النسب والقضايا الجنائية أيضا ، وهي تحليل فصيلة الدم وفحصه ، إذ يستند هذا الدليل المستمد من فحص الدم على اساس متين مفاده ان دم الاشخاص يختلف بعضه عن بعض إلى اربعة فصائل رئيسية هي A.B.O.AB ، حيث اثبت العلم ان فصيلة كل شخص تبقى ثابتة مدى الحياة وتنتقل من الوالدين إلى الابناء وفقا لقوانين الوراثة، فيمكن الاعتماد على فصيلة الدم في اثبات النسب بوصفها وسيلة تقنية علمية جديدة^(٢٤٧).

واستنادا إلى هذه الحقائق بشأن فحص الدم فان الخبير المختص يستطيع ان ينفي بمعابنته الفنية أو ينسب بدرجة عالية من الدقة والكفاءة، وتستطيع المحكمة ان تعتمد على تقريره في قضايا تنازع البنوة وتحصل على نتائج متميزة في ذلك .

وعلى الرغم من عدم ورود اشارة صريحة في القانون العراقي لوسيلة فحص الدم شأنها في ذلك شأن وسيلة البصمة الوراثية^(٢٤٨)، الا انه استنادا إلى أحكام المادة/١٠٤ من قانون الاثبات

^(٢٤٦) قرار محكمة تمييز العراق رقم/٢٦٢/موسوعة ثانية/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/٣١ ، مجلة القضاء العراقية، نقابة المحامين العراقيين، ع ٢ و١٤، س ٥٥، ٢٠٠١، ص ٣٣١ .

^(٢٤٧) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد شوكت الشطي ود.زياد درويش، الطب الشرعي، مطبعة جامعة دمشق، دمشق ، ١٩٦٢ ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

^(٢٤٨) في هذا الشأن ينبغي الإشارة إلى ان المادة/٧٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل اجازت استخدام فحص الدم مقيدا ذلك بشرطين وهو ان يتعلق بجناية أو جنحة وان يكون من شأن فحص الدم مفيدا في أمر التحقيق، إذ نصت المادة/٧٠ منه على انه "للقاضي التحقيق أو المحقق ان يرغم المتهم أو المجني عليه في جناية أو جنحة على التمكين من الكشف على جسمه واخذ

العراقي^(٢٤٩)، فان للقاضي ان يستفيد من فحص الدم باعتباره من ضمن وسائل التقدم العلمي، ولكن تبقى سلطة القاضي في الاخذ بفحص الدم سلطة جوازية فله ان ياخذ بها إذا اقتنع أو يتركها جانبا إذا قام لديه شك بصددها ، وهذا الاتجاه من القانون محل نظر ، إذ كان الاجدر به ان يضع حكما خاصا بشأن هذه الوسيلة ويلزم المحكمة بالاخذ بها عندما يطلب الخصوم ذلك لاسيما لاثبات النسب، لان ترك أمر تقدير هذه الوسيلة لسلطة المحكمة تقضي فيها بوصفها مجرد قرائن قضائية فيه تقييد لقوة هذه الوسائل في الاثبات، لانه من المعلوم ان القاعدة العامة في الاثبات بالقرائن القضائية انها مفيدة فيما يجوز اثباته بالشهادة^(٢٥٠).

ولا يخفى ان موقف القضاء العراقي خصوصا والقضاء العربي عموما غير واضح أيضا في شأن وسيلة الاثبات بفحص الدم ، فقد تعرضت محكمة تمييز العراق في إحدى قراراتها لاثبات النسب عن طريق فحص الدم فصدقت الهيئة الموسعة الأولى لهذه المحكمة قرار الرد مستندة في ذلك إلى ان اختلاف فصيلة الدم لا يعد دليلا كافيا في اثبات النسب ونفيه شرعا وقانونا^(٢٥١).

وهذا الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية لا ينسجم مطلقا مع التطور العلمي لتحليل الدم وفحصه، لاسيما ان النتائج العلمية اثبتت ان قوة فحص الدم في حالة نفي النسب أو استبعاد البنية خاصة تكاد تكون مطلقة ، ولا يرقى إليها الشك إذا تمت وفقا للمبادئ العلمية الفنية المقررة من خلال التأكد من صحة الفحص المختبري للدم ودقته .

وعلى الرغم من التحفظ الذي اوردناه بشأن القرار المذكور ، فقد جاءت قرارات أخرى حديثة لمحكمة تمييز العراق اعتمادها على الوسائل العلمية الحديثة^(٢٥٢)، في حين اوردت

تصويره الشمسي أو بصمة اصابعه أو قليل من دمه أو شعره أو اظافره أو غير ذلك مما يفيد التحقيق لإجراء الفحص اللازم عليها ويجب بقدر الامكان ان يكون الكشف على جسم الانثى بواسطة انثى كذلك" في حين عاقبت المادة/٣٨١ من قانون العقوبات العراقي النافذ بالحس من ابعد طفل حديث العهد بالولادة عن لهم سلطة شرعية عليه أو اخفاه أو ابدله بأخر أو نسبه زورا إلى غير والدته .

^(٢٤٩) ينظر في هذا السياق: المادة/٣٤٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني التي نصت على انه "يجوز ان يتناول التحقيق الفني اتخاذ اجراء على جسم الانسان - كفحص الدم - شرط ان لا يكون مخالفا لقواعد الفن أو مفضيا إلى ضرر هام وللمحكمة ان تستخلص من رفض احد الخصوم الازعان لهذا الاجراء قرينة على صحة الحالة أو الواقعة المطلوب اثباتها" .

^(٢٥٠) تنظر : المادة/١٠٢ - ثانيا من قانون الاثبات العراقي .

^(٢٥١) للمزيد من التفصيل ينظر : قرار محكمة تمييز العراق رقم/١٥/ موسعة في ٢٦/٢/١٩٨٥ ، جريدة العراق ، ١٢/٦/١٩٨٧ ص ٨ نقلا عن : أ.د عباس العبودي، الحجية القانونية لفحص الدم في اثبات قضايا النسب ، مجلة العدالة العراقية ، وزارة العدل العراقية ، ٢٤ ، ١٩٩٠ ، ص ٥٢ .

^(٢٥٢) ينظر : قرار محكمة تمييز العراق رقم/١١٤/ موسعة اولى/٩٠ في ٣١/٧/١٩٩٠ ، نقلا عن: ابراهيم المشاهدي ، مختارات من قضاء محكمة التمييز ، مرجع سابق، ص ٢٠٣؛ وقرارها رقم /٤٩٤٠/ شخصية

محكمة النقض السورية في قرارها الاتي "ان تحليل الدم وسيلة صالحة لنفي النسب لا اثباته"^(٢٥٣).

اما عن موقف القضاء الاجنبي من هذه المسألة ، فالواضح ان غالبية المحاكم تجمع على قبول دليل اختبار فحص الدم، لأنه ليس عبارة عن مجرد رأي خبير او وجهة نظر له ، وانما هو حقيقة تقدير واقع علمي اصبح مقبولا عالميا في الاواسط الطبية والعلمية^(٢٥٤).

/ ١٩٨٨ ، مجموعة الاحكام العدلية ، ٢ع ، ٨س ، ١٩٨٨ ، ص٦٥؛ وقرارها رقم /٢٦٢/ موسوعة ثانية /٢٠٠٠/ في ٢٠٠٠/١٠/٣١ ، مجلة القضاء العراقية ، نقابة المحامين العراقيين ، ع٢ و١ ، ص٥٥ ، ٢٠٠١ ، ص٣٣١ ، المذكور سابقا .

^(٢٥٣) قرار محكمة النقض السورية رقم/٦٤٤/ الغرفة الشرعية في ١٩٨٦/١/٢٧ ، المجلة العربية للفقهاء والقضاء ، ١٢ع ، ١٩٩٢ ، ص١٢١ نقلا عن : أ.د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون البيئات الجديد المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١ ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص٢٤٤ .

^(٢٥٤) الجدير بالذكر ان موقف القضاء الامريكي بهذا الخصوص واضح، وقد جاء في قرار محكمة نيوجرسي انه اصبح من المقبول عالميا في الاواسط الطبية والعلمية ان نتائج اختبارات فصائل الدم في مجال نفي الطفل الى الاب ليست عبارة عن مجرد رأي خبير او وجهة نظر له بل هي واقع علمي، ولما كان الامر كذلك فلا بد من قبول هذه النتائج امام المحاكم، فاذا قررت المحكمة ان هذه النتائج ليست قاطعة فان قرارها يكون بمثابة ان تصدر المحكمة قرارا بان الارض منبسطة ، بينما جاء قرار اخر كان الخبير قد قرر استنادا الى نتائج اختبارات فصائل الدم ان المدعي عليه لا يمكن ان يكون والد لطفل المدعية، وعلى الرغم من ذلك كان قرار المحلفين في جانب المدعية ضد المدعي عليه، وعند استئناف الحكم قررت محكمة بنسلفانيا العليا ان قرار المحلفين جاء متعارضا مع الدليل العلمي ، ولذلك قررت المحكمة العليا اعادة المحاكمة، في حين رفضت المحكمة العليا الاتحادية الامريكية اللجوء الى هذه الطريقة في قضية بيدرنك التي يمكن اجمال وقائعها في ان زوجاً اقام دعوى لتطليق زوجته بسبب الزنا طالبا المحكمة تحليل دمها ودم ولدها الا ان المحكمة رفضت طلبه ، معللة ذلك بأن اخضاع الشخص لمثل هذه الاختبارات ضد ارادته يعد اعتداء واخلاقا بالحصانة التي يقرها القانون لحماية الشخص، بينما ذهبت المحكمة العليا في نيوجرسي في قضية مماثلة الى ان تحليل الدم الاجباري لا يشكل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للانسان ينظر :

Anthony v. Anthony G New Jercey-super.41174.A2d.969

وفي هذا السياق أيضا قضت المحكمة العليا السويسرية في عدد من احكامها ومنذ أمد طويل الى امكانية اللجوء الى وسيلة تحليل الدم فيما يتعلق بدعاوى ثبوت النسب متى كانت اجراءات المقاطعة لاتعترض على ذلك ، بينما كان القضاء الالمانى يلزم في دعاوى النسب خضوع الشخص المعني بالامر للفحص للتحقق من فصيلة الدم متى كان ذلك مفيدا وفي حالة الرفض دونما ابداء اسباب معقولة يمكن استخدام القوة لحمله على الرضوخ للفحص وذلك حسب المادة/٣٧٢ من قانون العقوبات الالمانى ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د.موسى مسعود ارحومه ، قبول الدليل العلمي امام القضاء الجنائي دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات جامعة فان يونس، بنغازي، ١٩٩٩ ، ص٢٢٧ وما بعدها .

وبهذا يتضح لنا بوضوح موقف الشريعة الإسلامية والفقهاء والقانون والقضاء من هذه الوسيلة العلمية الحديثة، لذلك ومن اجل مواكبة التطورات الحديثة وتفعيل ادلة الاثبات والاجراءات في العملية القضائية وحسما لحالات التعارض بين وسائل اثبات النسب وتنازع النسب نقترح اضافة فقرات جديدة للمادة/١٣٢ من قانون الاثبات العراقي لتكون على الوجه الاتي: "ثانيا- على المحكمة الاستعانة بتحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية اذا تعلق الامر بقضايا النسب وتوافرت قرائن قوية تدعم صحة الادعاء ولها ان تاخذ من رفض احد الخصوم ذلك قرينة على صحة الواقعة المراد اثباتها . ثالثا- اذا اثبتت تحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية عدم توافر علاقة انتساب بيولوجي بين الخصوم فيعد ذلك قرينة على نفي النسب بينهما".

كما نوصي بهذا الخصوص ايضا في انشاء مختبرات خاصة بشأن اجراء تحليلات الفحوصات الطبية ، وخاصة فحص الدم والبصمة الوراثية وتطابق الانسجة وغيرها من المختبرات الطبية العلمية الفنية ، بحيث تكون مرتبطة باجهزة وزارة العدل وتحت اشرافها، واستحداث اقسام فيما يتعلق بالخبرة الطبية القضائية ليكون للخبير الطبي دورا فعالا وايجابيا في اعانة القضاء ومساعدته في سبيل الوصول الى حقيقة بعض الاوضاع والنزاعات التي تعرض على القضاء وحسما للدعوى ، وذلك بالاستعانة والاستفادة من الخبرة الطبية القضائية للحصول على التحليلات والفحوصات العلمية الدقيقة القاطعة في هذا الخصوص .

الفصل الثالث

حق الجنين في الميراث

يعد الحق في الميراث الحق الثالث للجنين ، ويقصد بالميراث لغة ، البقاء وهو أسم لما يورث عن الميت ، فهي تركه الميت ، فيقال وَرَثَ يَرِثُ وَرَثًا أي انتقل إليه مال فلان بعد وفاته (٢٥٥) ، قال تعالى ﴿ وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُدَ ﴾ (٢٥٦) ، وقال تعالى ايضا ﴿ وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ ﴾ (٢٥٧) ، فهو اذن انتقال الشيء من شخص الى شخص او من قوم الى قوم ، وهو اعم من ان يكون بالمال او بالعلم او بالمجد والشرف فحسب .

أما الميراث في المعنى الاصطلاحي ، فيقصد به " حق قابل للتجزئة يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقربة بينهما أو نحوها كالزوجيه والولاء " (٢٥٨) ، أي هو " انتقال الملكية من الميت الى ورثته الاحياء سواء كان المتروك مالا ام عقارا ام حقا من الحقوق الشرعية" (٢٥٩) .

وبهذا فان اسباب الارث التي يرث بموجبها الشخص عموما هي ثلاثة : اولها القرابة الحقيقة أي رابطة النسب وهي بين الوالدين والاولاد والاخوة والاعمام وغيرهم، ويمكن القول ايضا انها بين الوالدين والاولاد ومن انتسب اليهم ، وثانيها النكاح وهو عقد الزوجية الصحيح القائم بين الزوجين وان لم يحصل بعده دخول او خلوة ، اما النكاح الفاسد او النكاح الباطل فلا توارث به اصلا، وثالثها الولاء وهو قرابة حكمية وتسمى ولاء العتق وولاء النعمة وسببها نعمة المعتق على عتيقه، فاذا اعتق السيد عبده ومملوكه اكتسب بذلك صلة ورابطة تسمى ولاء العتق يرث بسببها لانه انعم على العبد فرد اليه حريته واعاد اليه انسانيته فكافأه الشارع بارثه عند الموت اذا لم يكن للبعد العتيق وارث اصلا لا بسبب القرابة ولا بسبب الزوجية (٢٦٠) .

ويقوم الميراث في الفقه الاسلامي عموما على ثلاثة اركان لا يتحقق بفقده واحد منها وهي: مورث ووارث وموروث ، فالمورث وهو المتوفي الذي يستحق غيره ان يرث منه ما خلفه بعد

(٢٥٥) ينظر: فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص ٩١١ .

(٢٥٦) سورة النمل اية ١٦ .

(٢٥٧) سورة القصص اية ٥٨ .

(٢٥٨) د.مصطفى الخن ود. مصطفى البغا و علي الشرجي، مرجع سابق، ص ٢٧٥ .

(٢٥٩) الشيخ محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية ، بيروت، من دون سنة طبع، ص ٣٤ .

(٢٦٠) الجدير بالذكر في هذا الصدد ان اسباب الميراث على حد قول بعض الفقهاء هي القرابة والزوجية والولاء أو رحم ونكاح وولاء ينظر: ابو سحاق الفيروز ابادي الشيرازي (٤٧٦هـ) ، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر، ١٩٥٩ ، ص ٢٥؛ وينظر ايضا: الامام ابو بكر محمد بن سهل السرخسي، المبسوط شرح الكافي، ج ٢٩، مطبعة السعادة، القاهرة ، ١٩٤٨ ، ص ١٣٨ .

الموت ، والوارث وهو الحي الذي يستحق الميراث من المتوفي لقربا أو زوجية أو ولاء ولو لم يرث بسبب حجه عن الميراث لوجود وارث آخر احق منه ، اما الموروث وهو الشيء أو المال العائد الى المتوفى الذي يأخذه الوارث ويسمى ارثا أو تركة أو ميراثا^(٢٦١) ، ولإمكان تحقق الميراث باحد الاسباب السابقة الذكر لابد عموما من توافر ثلاث شروط عامة سواء للجنين ام لغيره هي :

١- تحقق وفاة المورث حقيقة أو حكما أو تقديرا : اذ لايمكن تقسيم التركة حتى يموت المورث فعلا أو يحكم القاضي بموته ، وهو المراد بالموت حكما كالمفقود الذي لا يعرف مكانه ويجهل امره، أو تقديرا بان يسقط الجنين الذي فيه غره - أي دية تورث عنه - ميتا نتيجة جناية تقع على امه ، وهذه الحالة تتأتى في حالة اعتداء شخص على امرأة حامل فتسقط جنينها ، فان الفقهاء اوجبوا في ذلك الغرة التي هي نصف عشر الدية ، ومقدار الدية الف دينار ذهب أو عشرة الاف درهم فضة أو مئة من الابل ، وان ما يصيبه ينتقل تركه الى امه وابيه على ارجح الاراء^(٢٦٢) .

٢- تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث : وهذا لان الوارث انما يخلف المورث بعد موته وينتقل اليه الملك بطريقة الارث، فلا بد ان يكون حيا عند موت مورثه لتحقيق اهليته اذ ان الميت ليس اهلا لان يمتلك لا بطريق الارث ولا بغيره ، وتحقق حياة الوارث بوجوده فعلا على قيد الحياة بان تثبت بالمعاينة أو البيينة أو الاعتبار بان يكون ملحقا بالأحياء تقديرا ، وهذه هي حالة الحمل المستكن في بطن امه اذ اعتبره الفقهاء حيا اذا ولدته امه حيا وثبت انها كانت حاملا به وقت وفاة مورثه ، ويشترط ان تأتي به لاقل من ستة اشهر من حين الوفاة وذلك اذا كانت الحامل من ذوات الأزواج والزوج يعاشرها ، اما اذا جاءت به لأكثر من ستة اشهر فلا يرث الا اذا اعترف به الورثة ، اما اذا كانت ذات الحمل معتدة سواء كانت من طلاق أو وفاة فقد اختلف في المدة على اقوال عدة ، الراجح ان تأتي به لاقل من سنة من حين الوفاة أو الحكم بها ، فاذا جاءت به لاقل من ستة اشهر بالنسبة للحالة الاولى -في حالة عدة الطلاق- أو لاقل من سنة بالنسبة للحالة الثانية -في حالة عدة وفاة- ، فانه يكون وارثا وتكون له ذمة واهلية لكي يستطيع ان يخلف الميت في امواله لان الوراثة خلافة ، اما اذا جاءت به لأكثر من ستة اشهر في الحالة الاولى أو أكثر من سنة بالنسبة للحالة الثانية

(٢٦١) للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية ، القسم الأول في احكام الميراث ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ، ص١٦ .

(٢٦٢) ينظر : ابو اليقظان عطية فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص٤١ .

، فانه لا يستحق من الميراث الا اذا اعترف الورثة بانه كان موجودا عند وفاة الموروث (٢٦٣)

٣- العلم بجهة الارث : فلا بد من معرفة جهة الارث كالزوجية والقرابة وبدرجة القرابة حتى يتأتى الحكم للعالم بقسمة الموارث فان احكام الارث تختلف باختلاف جهات الارث وتفاوت درجة القرابة (٢٦٤) .

والملاحظ في هذا الصدد ان القانون العراقي لم يخرج في تقريره لاركان الميراث واسبابه عن الفقه الاسلامي عموما ، الا انه لم يعتبر الولاء سببا للميراث لعدم وجوده منذ زمن بعيد ، وبهذا حذف القانون العراقي السبب الثالث للميراث وهو الولاء سواء كان ولاء عتاقة ام ولاء موالة ، الا ان حكمه الشرعي لا يزال قائما فيما لو وجد ولهذا فقد حصر اسباب الميراث في اثنين فقط القرابة والنكاح الصحيح ، ولا شك انه يريد بالقرابة هنا القرابة الحقيقية لا الحكمية ، لانه بالرجوع الى نص المادة /٣٨ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه " اسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم اصل مشترك " .

كما انه لم يخرج القانون العراقي ايضا في تقريره لشروط استحقاق الميراث عما هو مقرر في الفقه الاسلامي جملة ، لانه اخذ بعين الشروط السابقة الذكر ، اذ نصت المادة /٨٦ من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه " أ- اركان الارث ثلاثة: ١- المورث وهو المتوفي ٢- الوارث وهو الحي الذي يستحق الميراث ٣- الميراث وهو مال المتوفي الذي اخذه الوارث. ب- اسباب الارث اثنان هما القرابة والنكاح الصحيح. ج- شروط الميراث ثلاثة هي : ١- موت المورث حقيقة او حكما ٢- تحقق حياة الوارث بعد موت المورث. ٣- العلم بجهة الارث " .

والملاحظ على الفقرة ج-١ من نص المادة المذكورة فيما يتعلق بشروط الارث انه ليس في نص القانون حياة تقديرية ، ومعنى هذا ان القانون العراقي لم يعتبر الجنين الساقط بجنانية واقعة على امه - أي اذا نزل ميتا - مستحقا لما وقف له من الميراث ، بل اعتبر الشرط موث المورث حقيقة او حكما فقط وليس هناك نص على الموت التقديري فيها، وعليه فلا ميراث للحمل بمقتضى هذا النص الا اذا ولد حيا ، ولأنه سكت عن حكم الموت التقديري فإنه يرجع في هذه

(٢٦٣) ينظر : ابو اليقظان عطية فرج الجبوري، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢٦٤) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الاسلامية في ضوء

الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص ٤١.

الحالة إلى احكام الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة / ١-٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي (٢٦٥).

وعلى النهج نفسه نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة / ٢٨٨ منه على انه "أ- يشترط لأستحقاق الارث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة أو حكماً . ب- ويتحقق وجود الحمل واستحقاقه الارث اذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة ٣٣٠ من هذا القانون " كما نصت ايضا المادة / ٢٩٥ منه على انه " أ- من اسباب الارث الزوجية والقربة ب- يكون الارث بالزوجية بطريق الفرض ج- ويكون الارث بالقربة بطريق الفرض او التعصيب او بهما معا او بالرحم د- اذا كان لوارث جهتا ارث ورث بهما معا مع مراعاة احكام المادتين : ٣٠٢ ، ٣٢٦ " وتطابقهما المادتان / ٢ و٧ من قانون الميراث المصري (٢٦٦)، في حين نصت المادة / ٢٦٣ من قانون الاحوال السوري على انه " ١- اسباب الارث - الزوجية والقربة ٢- لارث ثلاث طرائق - الفريضة المقدرة او العسوبة او حق الرحم ٣- يكون الارث بالزوجية بطريق الفرض ٤- يكون الارث بالقربة بطريقة الفرض او العسوبة او بهما معا او بالنصيب الرحمي فاذا كان لوارث جهتا ارث ورث بهما معا مع مراعاة احكام المادتين : ٢٧١ ، ٢٩٦ " بينما نصت المادة / ١٢٦ من قانون الاسرة الجزائري على انه " اسباب الميراث : القربة والزوجية " ونصت المادة / ١٢٨ منه على انه " يشترط لاستحقاق الارث ان يكون الوارث حيا او حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الارث وعدم وجود مانع من الارث " .

والمعلوم أن الشارع الحكيم قد أقر للجنين قبل ولادته أهلية وجوب ناقصة، أي صلاحيته لأن يكون له بعض الحقوق دون الالتزامات، فيثبت له أحد عنصري أهلية الوجوب الناقصة وهو الالتزام دون الالتزام (٢٦٧) ، ولهذا تصح للجنين الوصية والوقف له ويثبت له أيضا الميراث ويلحق نسبه بأبيه .

(٢٦٥) تنظر : المادة / ١-٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي نصت على انه " اذا لم يوجد نص

تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون " .

(٢٦٦) تنظر : المادتان / ٢ و٧ من قانون الميراث المصري النافذ رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المعدل.

(٢٦٧) تنظر: د. ليلي عبد الله سعيد، موقف الشريعة الإسلامية من الطفل، مجلة العدالة العراقية ، وزارة العدل

العراقية، ع٢، س٥٥، ١٩٧٩، ص ٦٥٧.

وفي هذا الصدد ينبغي ان نشير الى موقف القوانين عموما والقانون العراقي خصوصا من هذه المسألة فاذا كانت الشخصية القانونية في القانون العراقي تثبت للشخص بولادته حيا ، فان القانون العراقي اورد استثناء من ذلك يثبت بعض الحقوق للجنين او الحمل كما ورد في نص المادة /٣٤ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه " ١- تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته . ٢- ومع ذلك فحقوق الحمل يحددها قانون الاحوال الشخصية".

فيثبت للجنين بالاضافة الى حقه في النسب الحق في الميراث والوصية ، كما يستفاد من الاشتراط الذي يعقد لمصلحته ، اذ ان هذه الحقوق يمكن اكتسابها دون الحاجة الى القبول، فقد استخلص الفقهاء عدم قابلية الجنين لاكتساب الحقوق التي تتطلب قبولا لاكتسابها ، على ان الاعتراف للجنين ببعض الحقوق مشروط بالطبع كما ذكرنا بولادته حيا ، فاذا ولد ميتا لم يثبت له الشخصية القانونية ، فكانه لم يكن ولم تقدر له حقوق قط ، فيرد الموقوف له من الارث ومن الوصية الى اصله من التركة ويقسم بين الورثة والموروث الاصلي ، فالمهم ان الذي يثبت للجنين او الحمل هو وجود اهلية ناقصة ، أي اهلية اكتساب الحقوق دون ان تكون عليه التزامات اذ لا يتصور صدور فعل منه يسبب مسؤوليته ، الا انه ينبغي التنويه إلى ان الشخصية القانونية تثبت للجنين ولو ولد ميتا في حالة استثنائية وهي حالة اذا انفصل الجنين عن امه بجناية كما نوهنا عليها سابقا في الفصل الأول من هذه الدراسة (٢٦٨) ، وبهذا يكون أيضا قد سد النقص التشريعي في عدم وجود نص يعالج مسألة الموت التقديري ، أي حالة سقوط الجنين ميتا نتيجة جناية تقع على امه.

وينبغي التنويه أيضا الى ان المقصود بالاهلية ، هي الصلاحية وتكون على نوعين وجوب واداء، أما الوجوب فهو صلاحية الانسان لان تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات، وتكون هذه الاهلية بالذمة أي تثبت بناء على ثبوت الذمة، والذمة عبارة عن وصف شرعي يصير الانسان أهلا لما له وعليه ، وهي بهذا المعنى الاصطلاحي الشرعي تثبت لكل انسان، واساس ثبوت أهلية الوجوب للانسان هو الحياة، اذ بها تكون للانسان ذمة وعليها تبنى اهلية الوجوب، ولهذا تثبت هذه الأهلية للجنين وان كانت ناقصة لوجود الحياة فيه ، وهي تلازمه مدى الحياة ولا تفارقه حتى الموت (٢٦٩) .

(٢٦٨) ينظر : عبد الباقي البكري وزهير البشير ، مرجع سابق ، ص ٢٨٣ .

(٢٦٩) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٧٣ .

في حين ان الذمة في القوانين الوضعية ، تعني مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات، وهذا يعني ان الذمة تتصور في صورة مال الشخص الصالح لوفاء الديون، فهي تقوم مفهومها على أساس مادي هي أموال الشخص، وهذا المعنى قريب من تعريف الفقهاء المسلمين، الا ان تعريفهم بصراحة اكثر دقة، لأن الذمة ليست فكرة محصورة بالمال وانما تتصور بصورة محل مقدر في الشخص تثبت فيه الديون (٢٧٠) .

والملاحظ ايضا في تعريف نوعي الاهلية ، انه قد قيد تعريف الفقه الاسلامي بقيد الانسان (٢٧١) ، في حين قيد في القانون بقيد الشخص ليشمل الشخص الطبيعي كالأفراد والمعنوي او الاعتباري كالهيئات وغيرها ، وعلى الرغم من ان لفظة الشخص اوسع لشمولها معانٍ عديدة، الا ان الحقيقة ان الفقه الاسلامي يعترف بالشخصية المعنوية ، فتصح الوصية للمساجد أي تثبت لها الحقوق والالتزامات، ويقال للمسجد وقف ويقال بيت المال وارث من لا وارث له، فهو حق ثابت له، وبهذا فقد عرف الفقه الاسلامي الشخصية المعنوية وان لم يعرف هذا الاسم صراحة والعبرة للمعاني .

وبهذا فقد جعلت الشريعة الإسلامية لهذا الجنين حقا على والديه بتخصيص نصيب مفروض من الميراث ، وألزمت الوارثين بمراعاة ذلك عند تقسيم التركة بالطريقة التي تحقق العدالة ولا تبخس حق احد شيئا ، إلا انه تباينت وجهات نظر الفقهاء في مقدار ما يوقف له اذا ما اختار الورثة التقسيم قبل الولادة، نظرا لاحتمال كونه ولدا او بنتا او أكثر من واحد، أو لاحتمال كونه شاذ الخلقة ، فيكون عندئذ ارثه تقديرا وذلك متى حصل تردد في جنسه أو في ثبوت نسبه فيكون التردد بين الذكورة او الأنوثة او الخنثى او التردد في نسبه بين الثبوت والنفي كولد اللعان أو ولد الزنا ، وهنا لا مناص من الحكم بالإرث في هذه الأحوال على أساس التقدير والاحتمال الأكثر رجحانا(٢٧٢).

(٢٧٠) للمزيد من التفصيل ينظر: د.جعفر أفضلي ومنذر الفضل ، مرجع سابق، ص ١٧٦ .

(٢٧١) للمزيد من التفصيل حول تعريف نوعي الاهلية ينظر: د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ،

مرجع سابق ، ص ٧٢ ؛ و أ.د. وهبة الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه ، مرجع سابق، ص ١٥٦ .

(٢٧٢) ينظر: د.مصطفى ابراهيم الزلمي ود.احمد علي الخطيب، مرجع سابق، القسم الأول في احكام الميراث،

ولإحاطة بالموضوع بصورة تفصيلية ينبغي لنا أن نقسمه إلى مباحث وحسب التفصيل

الآتي :-

المبحث الأول: حق الجنين في الميراث بوصفه ذكراً أو انثى

المبحث الثاني: حق الجنين الخنثى المشكل في الميراث

المبحث الثالث: حق الجنين في الميراث بوصفه ولد الزنا

المبحث الرابع: حق الجنين في الميراث بوصفه ولد اللعان

المبحث الاول

حق الجنين في الميراث بوصفه ذكرا او انثى

بادئ ذي بدء لابد ان نعرج على معنى الحمل لانه مجهول الوصف، فهو يشمل هنا الجنين سواء حيا ام ميتا ذكرا ام انثى واحدا ام متعددا ام توأما ، لذا يقصد بالحمل لغة مصدر حَمَلْتُ حَمَلًا ، ويقال للمرأة حَامِلٌ وحاملة اذا كانت حُبْلَى (٢٧٣) ، قال تعالى ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (٢٧٤) ، والحمل مفرده جمعه حمال واحمال، قال تعالى ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَنْقِ اللَّهُ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾ (٢٧٥) .

اما المقصود بالحمل اصطلاحا فهو " ما في بطن الام من ولد ذكرا كان او انثى " (٢٧٦)، وللحمل احكام نوضحها في هذه العجالة، متوخين الايجاز وعدم الاسهاب قدر الامكان، فنقول ومن الله تعالى نستمد العون والتوفيق ، بانه سبق وان تعرضنا لشروط الارث وانه يشترط لميراث أي انسان تحقق حياة الوارث عند موت المورث، وباعتبار ان الحمل وهو لا يزال في بطن امه مجهول الوصف والحال، فاما ان يولد حيا او ميتا واما ان يكون ذكرا او انثى واما ان يكون واحدا او متعددا أي توأما ، فلا يمكن والحالة هذه ان نقطع بامره ولا ان نجزم بشيء الا بعد الولادة ، فاذا ولد حيا اعتبرنا حياته قائمة من وقت وفاة المورث ، وان ولد ميتا اعتبرناه معدوما من وقت وفاة المورث، وكما يستحيل الجزم بحياة الجنين الا بعد ولادته حيا، فكذلك يستحيل الجزم بكونه ذكرا او انثى فهو ما زال جنينا غامض الوصف والحال، فان توزيع التركة بشكل نهائي يصبح امرا متعذرا، ولكن قد تصادف امور اضطراريه لمصلحة بعض الورثة توجب قسمة التركة قسمة اولية ثم يترك التقسيم النهائي الى ما بعد الولادة ، ولهذه الضرورات نظم الفقهاء المسلمون احكاما خاصة بالحمل تقسم التركة على ضوئها قسمة اولية ويحتاط فيها لمصلحة الحمل ما امكن الاحتياط (٢٧٧) .

(٢٧٣) ينظر : فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص ١٤١ .

(٢٧٤) سورة الاحقاف الاية ١٥ .

(٢٧٥) سورة الطلاق اية ٤ .

(٢٧٦) الشيخ محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق،

ص ١٩٩ .

(٢٧٧) ينظر : المرجع السابق، ص ٢٠٠ .

وعلى كل حال فانه من الافضل ان يترتث في تقسيم التركة الى ما بعد الولادة ، اما اذا لم يكن هناك بدا من توزيعها قبل الولادة فتوزع التركة على ورثة المتوفي ويحتفظ للحمل بالنصيب الاوفر من الذكورة او الانوثة ويؤخذ كفيل من الورثة، بان يعطي ما ينقصه التعدد من نصيبه اذا ظهر ان الحمل كان اكثر من واحد (٢٧٨) .

فاذا توفي شخص وكان احد الوارثين حملا فهل تقسم التركة ام ينتظر بها حتى تعرف النتيجة ويوضع الحمل ؟

فاذا كانت المدة قصيرة ولا ضرر في ابقاء التركة الى حين ظهور الحمل اوقفت التركة الى حين ظهوره ، وكذلك الشأن اذا كانت المدة طويلة ورضي بذلك الورثة ، وان كان الحمل مجبوياً على جميع التقادير تقسم التركة ولا ينتظر الى حين وضع الحمل ، اما اذا لم يكن الحمل مجبوياً وكانت المدة طويلة ولم يرضى الورثة بابقاء التركة الى حين وضع الحمل وطالبوا بقسمتها فانهم يجابون الى ذلك ، فان كان حاجبا للورثة بحال من الاحوال بقيت الاموال الى حين الولادة (٢٧٩) .

وعموماً فان للجنين احوالا خمسة لا تزيد ولا تنقص بضمنها حالة لا يرث فيها مطلقاً وأربع حالات يرث فيها ويختلف مقدار ما يوقف له من التركة بالنسبة لكل حالة منها ويمكننا ايجازها على النحو الآتي (٢٨٠):

١- ان لا يكون وارثا على جميع الاحوال سواء كان ذكرا او انثى : وفي هذه الحالة تقسم التركة على المستحقين دون انتظار للحمل لانه غير وارث على جميع الصور والاحوال .

٢- أن يرث على احد التقديرين الذكورة والأنوثة ولا يرث على التقدير الاخر: وفي هذه الحالة تقسم التركة بين المستحقين فيعطى نصيبهم على تقدير ان الحمل وارث ونوقف نصيب الجنين الى ما بعد الولادة، فان ظهر انه وارث اخذه وان ظهر انه غير وارث رد على الورثة المذكورين.

٣- ان يكون وارثا على جميع الاحوال سواء كان ذكرا ام انثى: وفي هذه الحالة اذا كان الحمل وارثا على جميع الاحوال غير ان نصيبه يختلف في احد الوصفين عن الاخر، ففي هذه الصور يقدر له التقديران ويوقف له من النصيب اوفرهما، فقد يكون تقديره ذكرا انفع له من

(٢٧٨) ينظر : د. مصطفى الرفاعي ، مرجع سابق ، ص ٢١٤ .

(٢٧٩) ينظر : ابو اليقظان عطية فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

(٢٨٠) للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق، القسم

الأول في احكام الميراث ، ص ١٧٣ .

تقديره انثى، وقد يكون العكس فنعطيه اوفر النصيبين وتحل المسألة بطريقتين ونعطي الورثة الاقل من الانصبة .

٤- ان لا يختلف ارثه عن احد التقديرين سواء كان ذكرا ام انثى: وفي هذه الحالة كان فرضه لا يتغير ذكرا كان او انثى ،فاننا حينئذ نحفظ للحمل نصيبه من التركة ونعطي الورثة الباقين نصيبهم كاملا.

٥- ان لا يكون معه وارث اصلا او يكون معه وارث لكنه محجوب به: وفي هذه الحالة اذا لم يكن معه وارث اصلا او كان معه وارث لكنه محجوب ، فاننا في هذه الحالة نوقف التركة كلها الى حين الولادة فان ولد حيا اخذها وان ولد ميتا اعطيت لمن يستحق من الورثة .

والراجع في الفقه الاسلامي جملة هو ان تقسم التركة على اعتبار ان الحمل وارث، اذ يحسب مرة على انه ذكر واخرى على انه انثى^(٢٨١)، ويوقف له اوفر النصيبين على اساس انه شخصا واحدا، ذلك لان المرأة الحامل في الغالب لا تلد الا ولدا واحدا في بطن واحدة، والاحكام تبني على الغالب مالم يتبين خلافه^(٢٨٢) .

الا ان الفقهاء المسلمون يرون انه من المستحسن ان يؤخذ كفيل من الورثة الذين ينقص نصيب الواحد منهم ان جاء الحمل متعددا ، اذ بهذا يكون استرداد ما اخذوا اكثر من نصيبهم المقدر شرعا^(٢٨٣).

اما موقف القانون العراقي في هذا الخصوص فلم يذكر شيئا في قانون الاحوال الشخصية العراقي عن ميراث الحمل ولكنه احال الى احكام الشريعة الاسلامية التي كان معمولا بها قبل نفاذ القانون المذكور ، فيكون ميراث الحمل من مشمولاته وحسنا فعل القانون في ذلك ، فقد نصت المادة / ١ - ٢ منه على انه " ٢ - اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون"، وتطابقها المادة / ٢٢٢ من قانون الاسرة الجزائري .

(٢٨١) للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغى وعلي الشرجي، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢٨٢) ينظر: د. مصطفى الزلمي ود. احمد علي الخطيب، مرجع سابق، القسم الاول في احكام الميراث، ص ١٧٣.

(٢٨٣) ينظر: الامام أبو بكر محمد بن سهل السرخسي، مرجع سابق، ج ٣٠، ص ٥١ - ٥٢.

في حين خصص قانون الاحوال الشخصية الكويتي ضمن الاحكام المتنوعة ، احكام الحمل من المادة /٣٢٩-٣٣١ فنصت المادة /٣٢٩ على انه " يوقف للحمل من تركة المتوفي اوفر النصيبين على تقدير انه ذكر او انثى " وتطابقها المادة /٤٢ من قانون الميراث المصري والمادة /٢٩٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري ، والمادة /١٧٣ من قانون الأسرة الجزائري^(٢٨٤).

كما نصت المادة /٣٣٠ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي على انه " اذا توفي الرجل عن زوجته ام عن معتدته فلا يرثه حملها الا اذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الاكثر من تاريخ الوفاة او الفرقة ، لا يرث الحمل غير ابيه الا في الحالتين الاتيتين : الاولى - ان يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الاكثر من تاريخ الموت او الفرقة ان كانت امه معتدة موت او فرقة ومات الموروث اثناء العدة . الثانية - ان يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الاكثر من تاريخ وفاة الموروث ان كان من زوجية قائمة وقت الوفاة " وتطابقها المادة /٤٣ من قانون الميراث المصري.

في حين نصت المادة /٣٠٠ من قانون الاحوال الشخصية السوري على انه " اذا توفي الرجل عن زوجته او عن معتدته فلا يرث حملها الا اذا ولد حيا ثابت النسب منه بالشرائط المبينة لثبوت النسب في هذا القانون " .

وعلى صعيد اخر فد نصت المادة /٣٣١ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي على انه " أ- اذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة ب- اذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة " وتطابقها المادة /٤٤ من قانون الميراث المصري المادة /٣٠١ من قانون الاحوال السوري .

بينما نصت المادة /١٧٣ من قانون الاسرة الجزائري على انه " يوقف من التركة الاكثر من حظ ابن واحد او بنت واحدة اذا كان الحمل يشارك الورثة او يحجبهم حجب نقصان فان كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة الى ان تضع الحامل حملها" في حين نصت المادة /١٧٤ منه على انه " اذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على اهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة /٤٣ من هذا القانون " .

^(٢٨٤) تنظر: المادة /٤٢ من قانون الميراث المصري والاحكام المتفرقة من قانون الاحوال الشخصية السوري من المواد /٢٩٩-٣٠١ ، والمادة /١٧٣ من قانون الاسرة الجزائري.

اما بشأن شروط استحقاق الحمل للميراث شرعا ، فان ميراث الحمل بالطبع لا يتحقق الا اذا توافر شرطان هما :-

الاول :- ان يكون موجودا في بطن امه وقت وفاة مورثة يقينا، أي ان يعلم ويتحقق وجوده في بطن امه وقت وفاة موروثه، ويستدل على ذلك بوقت ولادته مع ملاحظة ان الحمل اما ان يكون من المورث بنفسه واما ان يكون من غيره ، وهذا الشرط يتحقق بولادة الجنين حيا وخروجه من بطن امه لسنتين فاقل من يوم الوفاة ان كان الحمل من الميت وهي اكثر مدة يجب ان ياتي بها الحمل ليرث لقول السيدة ام المؤمنين عائشة (رضي الله عنها) " الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل" - أي بمقدار ظل مغزل حال الدوران والغرض منه تقليل المدة لان ظل المغزل حال الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال - وفي رواية الدار قطني والبيهقي في سننهما ، قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل ، والظاهر ان السيدة عائشة قالت سماعا عن الرسول (ﷺ) لان العقل لا يهتدي الى ادراك ومعرفة المقادير ، وهذا مذهب الاحناف وقول للامام احمد ، بينما يرى الشافعية واصح الروايات عن احمد ان اقصى مدة الحمل اربع سنوات استنادا الى اخبار بعض النسوة التي يروى انهن حملن في مثل هذه المدة ، وذهب الليث بن سعد الى انها ثلاث سنوات ، وقال المالكية انها خمس سنوات ، وقال الزهري انها سبع سنوات ، وقال الظاهرية ان اكثر مدة الحمل تسعة اشهر ، بينما ذهب الجعفرية الى ان اقصى مدة الحمل عشرة اشهر (٢٨٥) .

في حين اتفق الفقهاء على ان أقل مدة الحمل يمكن ان ياتي بها الحمل ليستحق الميراث هي ستة اشهر ، وذلك لما روي ان امرأة في زمن عثمان بن عفان (رضي الله عنه) تزوجت وبعد ستة اشهر وضعت فارادوا ان يقيموا عليها الحد ، فقال عبد الله بن عباس اما انها لو خاصمتكم الى كتاب الله لخصمتكم أي غلبتكم ، فقال كيف ذلك ؟ قال ان الله تعالى يقول في سورة الحفاف الاية ١٥ ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ويقول تعالى ايضا في سورة لقمان الاية ١٤ ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فلم يبقى للحمل الا ستة اشهر ، فوافق على ذلك عثمان وعلي (رضي الله عنهما) وغيرهما ولم يقيموا عليها الحد (٢٨٦) .

(٢٨٥) ينظر: الشيخ محمد علي الصابوني ، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ ؛ وبدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٤٩٠ ؛ وابو البقطان عطية فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٧٩ .

(٢٨٦) للمزيد من التفصيل ينظر: بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٤٨٩ ؛ وابو يقضان عطية فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٧٩ .

الثاني :- ان ينفصل عن بطن امه حيا، أي ان يولد حيا ولو للحظة واحدة، وتعرف حياته بما يدل عليها عادة، كالصراخ والعتاس والتثاؤب والتقامه الثدي وتحريك الاعضاء، وما شابه ذلك امتثالا لقول الرسول (ﷺ) الوارد عن ابي هريرة (رضي الله عنه) ان النبي (ﷺ) قال : (اذا استهل المولود ورث) (٢٨٧) رواه الامام أبو داود في سننه ، وللحديث الشريف أيضا الوارد عن جابر (رضي الله عنه) أن النبي (ﷺ) قال : (الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل) (٢٨٨) اخرجه الامام الترمذي.

وهكذا يتحقق هذا الشرط بخروج الجنين من بطن امه وبه حياة مستقرة وتعرف ولادته حيا بان يستهل كما ذكرنا صارخا أو عاطساً أو يمص ثدي امه ونحو ذلك ومطلق حركة تدل على حياته تكفي عند الائمة الحنفية ، في حين ذهب الائمة الحنابلة والشافعية إلى انه لا بد من حركة طويلة تدل على حياة مستقرة ، فان كانت يسيره كانت اشبه بحركة المذبوح فلا تدل على حياة ولا يرث (٢٨٩).

ولقد اخذت القوانين عموما بهذا الشرط ، اذ يفهم من نص المادة /٨٦-ج٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي فيما يتعلق بشرط الارث ان الحمل لا يستحق الميراث الا اذا ولد حيا (٢٩٠) .

في حين صرحت المادة /٣٣٠ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة/٤٣ من قانون الميراث المصري والمادة /٣٠٠ من قانون الاحوال السوري بوضوح على ان الحمل لا يرث الا اذا ولد حيا (٢٩١) ، وكذلك الحال بالنسبة للمادة /١٣٤ من قانون الاسرة الجزائري اذ نصت على انه " لا يرث الحمل الا اذا ولد حيا اذا استهل صارخا او بدت منه علامة ظاهرة بالحياة " ويتبين ان قانون الاسرة الجزائري اخذ برأي الائمة الأحناف بنصه على اية علامة ظاهرة بالحياة عند خروج الجنين .

(٢٨٧) سنن ابي داود، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢٨ (كتاب الفرائض، باب في المولود يستهل ثم يميت، رقم الحديث ٢٩٢٠) .

(٢٨٨) الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي ، مرجع سابق ، ص ٣٢١ (كتاب الجنائز، باب ما جاء في ترك الصلاة على الجنين حتى يستهل، رقم الحديث ١٠٣٣) .

(٢٨٩) ينظر: الشيخ محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٢٩٠) تنظر : المادة/٨٦-ج٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٢٩١) تنظر : المادة /٣٣٠ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة/٤٣ من قانون الميراث المصري والمادة /٣٠٠ من قانون الاحوال السوري .

لذا فان قاعدة الحمل اللاحق لصاحب الفراش المحتمل وجوده عند موت المورث ولو نطفة وارث ، وغير المحتمل لا يرث كمن اتت به لاكثر من أقصى أمد الحمل بعد موت المورث، وذلك لتحقق عدم وجوده عند موت المورث ، وكذلك السقط الذي لم يعيش عيشة مستقرة^(٢٩٢).

و بهذا يذهب فقهاء الحنفية الى ان الجنين يرث متى خرج اكثره حيا ثم مات، لأن للاكثر حكم الكل كما يقولون، ^(٢٩٣) وعلى هذا لو خرج اكثره واستهل بالصراخ مثلا ثم تعسرت ولادته لسبب من الاسباب ومات قبل ان يفصل عن امه فانه يرث عندهم ايضا ، اما اذا نزل ميتا او انفصل بعضه حيا فمات أو انفصل حيا ولكن حياته غير مستقرة لم يرث شيئا وكان وجوده كعدمه ^(٢٩٤).

اما عند الائمة الشافعية ^(٢٩٥) ، والظاهرية ^(٢٩٦) ، فلا يرث مالم يفصل كله حيا عن امه نهائيا، ولم يفرق الشرع عندئذ بين ما اذا كان الحمل من ابناء الميت او من غيرهم ما داموا يستحقون الميراث لو كانوا مولودين احياء ^(٢٩٧).

^(٢٩٢) ينظر: مخلوف بن محمد البدوي المنياوي (١٢٩٥هـ)، المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الامام مالك، المجلد الاول، ط١، دراسة وتحقيق أ. د. محمد احمد سراج وأ. د. علي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٨٩.

^(٢٩٣) للمزيد من التفصيل ينظر: الامام ابو بكر محمد السرخسي، مرجع سابق، ج ٣٠، ص ٥١ - ٥٢.

^(٢٩٤) ينظر: محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص ٢٠١.

^(٢٩٥) ينظر: الامام ابو اسحاق الفيروز ابادي الشيرازي مرجع سابق، ص ٣٢.

^(٢٩٦) للمزيد من التفصيل ينظر: ابو محمد ابن حزم الظاهري (٤٥٦ هـ) ، المحلى، ج ٩، طبع ادارة الطباعة المنيرية، ١٩٥٢، ص ٣٠٨.

^(٢٩٧) للمزيد من التفصيل حول ما يوقف من التركة بالنسبة لحالات الحمل ينظر: د.مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الاول في احكام الميراث ، ص ١٧٣ .

المبحث الثاني

حق الجنين الخنثى المشكل في الميراث

بادئ ذي بدء لابد من بيان معنى الخنثى ، والخنثى في اللغة مأخوذ من الخنث وهو اللين والتكسر ، يقال خنثت وخنثت اذا شبه كلامه بكلام النساء لينا ورخاوة أو تشبهه في مشيته ولباسه بالنساء (٢٩٨).

أما المقصود بالخنثى اصطلاحاً فهو ما كانت له آله الرجال وآله النساء معا أو ليس له شيء منهما اصلاً ، فهو مخلوق ادمي في تكوينه شذوذ يشكل معه معرفة نصيبه على انه ذكر ونصيبه على انه انثى فيلبس امره هل هو ذكر أم انثى ويسمى الخنثى المشكل (٢٩٩).

فهو انسان لا يعلم كونه ذكراً او انثى لوجود علامات في جسده تدل على الذكورة وعلامات اخر تدل على الانوثة ، فالخنثى اذن اما ذكر واما انثى لان الله سبحانه وتعالى يقول في كتابه العزيز ﴿ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ ﴾ (٣٠٠) ، ولو كان هناك قسم ثالث من بني الانسان لبينه الله تعالى.

اما في الاصطلاح القانوني " فالخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف أذكر أم هو انثى ادنى الحالين وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة " (٣٠١) ، وبهذا لا نرى فروقا واضحة بين التعاريف فكلها تدور حول محور واحد وهي بالتحديد المقصودة في موضوعنا هذا .

وقد حدث الاشكال بالتحديد في موضوع الخنثى المشكل لان الاصل في الإنسان ان يكون ذكراً أو انثى، ولكل واحد حكمه الخاص ويميز الذكر عن الانثى بوجود عضو الذكورة فيه، فإذا وجد العضوان معا أو عري عنهما معا فعند ذلك يقع الاشكال ويلتبس الأمر، غير ان الاشكال يزول احيانا وذلك عن طريق معرفة مكان البول ، فإذا كان يبول من الذكر فهو ذكر يرث ميراث الذكور وان كان يبول من الفرج فهو انثى يرث ميراث النساء، وان كان يبول منهما ولا سيق لاحدهما على الاخر فهو الخنثى المشكل، ويبقى مشكلاً إلى وقت البلوغ فان احتلم كما يحتلم

(٢٩٨) ينظر: فؤاد افراح البستاني، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢٩٩) ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب، مرجع سابق، القسم الأول في احكام الميراث، ص ١٨١.

(٣٠٠) سورة الشورى اية ٤٩.

(٣٠١) المادة /٣٣٤ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي، وتتنظر: المادة/٤٦ من قانون الميراث المصري التي نصت على انه "للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف أذكر هو ام انثى اقل النصيبين وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة".

الرجل أو كان له ميل إلى النساء أو نبتت لحيته فهو ذكر، وان ظهر له ثدي أو حاض أو حبل فهو امرأة، وان لم تظهر هذه العلامات فهو خنثى مشكل ، الا ان حل هذا الاشكال لم يكن معروفا سابقا، فقد ورد في الاثر انه روى ان عامر بن الظرب كان من حكماء العرب في الجاهلية، فجاهه اناس من قومه يسالونه عن حادثة امرأة ولدت غلاما له عضوان فتحير وجعل يقول هو رجل وامرأة فلم يقبل منه العرب ذلك، فدخل بيته ذات يوم للاستراحة فجعل يتقلب على فراشه دون نوم وكانت له جارية ذكية مشهورة بجودة الراي فانتهبت له فسالته عن سبب ضجره وتحيره فاخبرها، فقالت له دع الحال وحكم المبال أي اجعل المبال هو الحكم، فاستحسن رايتها وخرج إلى قومه فقال انظروا ان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى، فاستحسنوا ذلك الراي وبقي ذلك حكما جاهليا إلى ان جاء الاسلام فاقر هذا الحكم^(٣٠٢).

وقد اختلف العلماء في توريث الخنثى على مذاهب ثلاثة نوجزها على النحو الآتي:-

أولا : مذهب الاثمة الاحناف:- يقرون بان ميراث الخنثى يكون باعطائه اقل النصيبين على فرض انه ذكر أو على فرض انه انثى فاي النصيبين كان اقل له اعطي له، وهو احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى ، وقول عامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ، لانهم يرون انه يجب ان يعامل بأسوأ حالية ، لانه هو المتيقن ولا ينبغي الأضرار بالورثة الاخرين بمعاملته على غير المتيقن من امره ، ومذهب الحنيفة هذا هو قول عامة فقهاء الصحابة وعليه الفتوى وهو اقرب الاراء واعدلها^(٣٠٣).

ثانيا : مذهب الاثمة الشافعية :- ان كلا من الورثة والخنثى يعطى نصيبه الاقل لانه المتيقن بالنسبة لكل واحد منهم ويوقف الباقي إلى ظهور الحال ، وهذا القول هو المعتمد عند الشافعية^(٣٠٤).

ثالثا : مذهب الاثمة المالكية :- وهو قول جمهور الفقهاء من الحنابلة والزيدية واشهر الاراء عند الجعفرية وقول لابي يوسف من الحنفية وهو قول ابن عباس من فقهاء الصحابة ومذهب الشعبي وابن ليلي والثوري، بان يكون ميراث الخنثى باعطائه نصف مجموع نصيبه في حالة فرضه ذكر وحال فرضه انثى ، ذلك لانهم يرون انه من الجائز ان يكون ذكرا او من الجائز ايضا ان يكون انثى ، وحينئذ لا موجب لترجيح احد الجانبين المتساوين ، لذا فانه يرث

^(٣٠٢) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص ١٩٥.

^(٣٠٣) ينظر، الامام ابو بكر محمد السرخسي، مرجع سابق، ج ٣٠، ص ٩٣.

^(٣٠٤) للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى الخن ومصطفى البغا و علي الشرجي، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

نصف النصيبين أي ان تحل المسألة حلين ثم يجمع النصيب في الحالين ويقسم على اثنين فيكون نصيب الخنثى (٣٠٥).

هذه اقوال الفقهاء جزاهم الله خيرا في الخنثى ، ولكن اليوم ويتقدم العلم فانه غالبا يمكن ان يعرف الذكر من الانثى ويحل اشكاله (٣٠٦) ، اما حكم الخنثى وطريقة توريثه فيعامل على الراي الارجح بالاضر فينظر استحقاقه من الارث على تقديري ذكوره وانوثته، أي يفرض له مسالتان الاولى على فرض انه ذكر والثانية على فرض انه انثى ثم يعطى الخنثى اقل النصيبين في المسالتين، ويوقف الفرق بينهما الى ان يظهر حاله او يصطلح الورثه او يموت الخنثى فيرجع حظه الى ورثته ، ومعنى معاملته بالاضر انه ان كان يرث بكل حال وميراثه بالانوثة اقل يفرض انه انثى وان كان ميراثه بالذكورة اقل يفرض انه ذكر ، وان كان محروما على احد التقديرين حرم الميراث، وكذلك اذا كان احد الورثة محروما مع الخنثى على تقديري الذكورة والانوثة فيحرم من الميراث وهذا هو المعتمد في مذهب الامام الشافعي (٣٠٧) ، واليه اشار صاحب منظومة الرحبية حين قال :

" وان يكن في مستحق المال
خنثى صحيح بين الاشكال
فاقسم على الاقل واليقين
تحظ بحق القسمة المبين " (٣٠٨)

(٣٠٥) للمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب، مرجع سابق، القسم الأول في احكام الميراث ، ص ١٨١.

(٣٠٦) ينظر : ابو اليقضان عطية فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٨٦.

(٣٠٧) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ محمد علي الصابوني ، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٣٠٨) الشيخ الامام محمد بن محمد بن احمد بن بدر الدين الدمشقي المصري الشافعي، شرح الرحبية ومعه كتاب الدرر البهية بتحقيق مباحث الرحبية، تاليف محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة محمد علي صبيح واولاده بميدان الازهر، مصر، من دون سنة طبع، ص ١٢٢.

المبحث الثالث

حق الجنين في الميراث بوصفه ولد الزنا

في البدء لا بد من توضيح معنى ولد الزنا، ويقصد بولد الزنا هو كل مولود من غير نكاح شرعي، أي من ولدته امه من سفاح ولا اب له ، وذهب جمهور العلماء الى ان ولد الزنا يثبت نسبه من امه قطعا ، ولا يثبت نسبه من ابيه الزاني لأن نسبه منه غير مقطوع به ، ولأن الشرع الحنيف لم يعتبر الزنا طريقا مشروعاً لأتصال الرجل بالمرأة وثبوت النسب اليه، وعلى هذا فلا توارث بين ولد الزنا وبين ابيه وقرباه ابيه، اما بالنسبة لأمه فقد ذهب جمهور العلماء الى ثبوت التوارث بينه وبينها وكذلك بينه وبين قرابة امه (٣٠٩) .

وبهذا فقد اتفق العلماء ، قاطبة على ان المولود من الزنا او مولود لاعتن الزوج امه او نفي نسبه منه فانه يرث من امه كما يرث الابن الشرعي ، وذلك لانه ثابت بالنسبة اليها فهي امه ولا شك (٣١٠) .

كذلك لا يثبت نسبه ممن كان السبب في حمل امه به حتى لو اقر انه ابنه من الزنا ، لأن الجريمة لا يصح ان تكون سببا لنعمة النسب، اما اذا اقر رجل ببنته دون ان يعترف بانه من الزنا وكان يولد مثله لمثله، فانه يثبت نسبه منه ويصبح ابنا شرعيا له ، اذ ان الفقهاء متفقون على ان لا توارث بين ولد الزنا وبين من اقر له ببنته نتيجة اتصال جنسي غير مشروع ، ولا بين اقرباء المقر لأنتفاء السبب الذي هو سبب الميراث ، في حين نقل عن بعض الفقهاء كالامام ابن تيمية من الحانبلية القول بالتوارث بين ولد الزنا وبين ابيه الزاني اذا الحقه به بشرط ان لا تكون امه ذات فراش لزوج آخر او معتدة منه وهو قول مخالف للاجماع (٣١١) .

(٣٠٩) ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الاول في احكام الميراث، ص ١٨٢ .

(٣١٠) ينظر : ابو اليقظان عطية فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٩٢ .

(٣١١) للمزيد من التفصيل ينظر: موفق الدين بن محمد بن قدامة (٦٣٠ هـ) ، المغني، ج ٦ ، ط ٣ ، مطبعة دار المنار، مصر، ١٩٥٢ ، ص ٢٦٦ .

وبهذا فان من يتوفى عن امه وابيه غير الشرعي يعطى تركته كلها لأمه فرضاً ورداً ولا يعطى شيء لأبيه غير الشرعي، وإذا مات ابوه غير الشرعي او احد اقارب ابيه غير الشرعي فلا ميراث له منه (٣١٢) ، وهذا ما ذهب اليه الاحناف أي تاخذ امه جميع المال فرضاً ورداً ، اما المالكية والشافعية فقد ذهبوا ايضا الى ان الام ترث منه كما ترث من غيره ، الا انهم لم يقولوا بالرد بل تاخذ فرضها وما يبقى اذا لم يكن له وارث سواها يذهب الى بيت المال ، في حين ذهب الحنابلة الى ان الام تكون هي عصبته واذا انعدمت فعصبته عصبته ، فلو مات شخص نفي نسبه وترك اما واخاً لأم ، فقال الحنفية يكون المال ثلث الاخ لام فرضاً ورداً ، وثلثاً للأم فرضاً ورداً، وقال الشافعية والمالكية يكون لها الثلث فرضاً وللاخ لام السدس فرضاً والباقي يذهب الى بيت مال المسلمين ، بينما عند الحنابلة يكون للاخ لام السدس فرضاً والباقي للام تعصيباً (٣١٣)

اما موقف القوانين عموماً فانه مشابه لموقف الفقه الاسلامي من هذه الناحية على الرغم من عدم التصريح بذلك في القوانين ، اذ يتم الرجوع الى احكام الشريعة كما هو الحال في القانون العراقي والقوانين الاخر ، في حين نصت المادة /٣٣٥ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي على انه " مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الاخيرة من المادة /٣٣٠ يرث ولد الزنا وولد اللعان من الام وقرابتها وترثهما الام وقرابتها " وتطابقها المادة/٤٧ من قانون الميراث المصري والمادة /٣٠٣ من قانون الاحوال الشخصية السوري .

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان قانون لبث عشتار السومري الذي يعد بحق ثاني اقدم القوانين التي وصلت الينا من خلال اعمال الحفر والتنقيب في مدينة نمر الاثرية (١٩٣٤-١٩٢٤ ق.م) نجد أيضاً انه قد اعترف للطفل بالشخصية القانونية وبحقه في الارث حتى ولو كان ابن امه ، وهذا ما جسده بصراحة القانون المذكور في نص المادة /٢٤ التي نصت على انه " اذا ولدت الرجل الزوجة الثانية التي تزوجها اطفالاً فان مهرها الذي جلبته من بيت ابينا يكون حصة اطفالها ، ولكن اطفال زوجته الاولى واطفال زوجته الثانية يقتسمون اموال ابينا بالتساوي " (٣١٤).

(٣١٢) ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب، مرجع سابق، القسم الاول في احكام الميراث، ص ١٨٣.

(٣١٣) ينظر : ابو اليقظان عطية فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص ١٩٢.

(٣١٤) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فوزي رشيد ، القوانين في العراق القديم ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٦٢.

كما تجسد المادة /٢٧ من هذا القانون ايضا مسالة الاعتراف بالشخصية القانونية للطفل حتى ولو كان ثمرة زواج غير شرعي، حينما نصت على انه " اذا لم تلد زوجة اطفالا لزوجها ولكن زانية من الشارع ولدت له اطفالا عليه - أي الزوج - ان يجهز الزانية بالحبوب والزيت واللباس - أي يهتم باعالتها - والاطفال الذي ولدتهم له الزانية سيكونون ورثته - أي ابناؤه الشرعيين - وما دامت زوجته التي لم تلد على قيد الحياة فلا يجوز للزانية ان تعيش معها في البيت " (٣١٥) .

(٣١٥) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد هاشم العطار ، ملامح حقوق الانسان في شرائع العراق القديم ، ط ١ ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ٨٩ .

المبحث الرابع

حق الجنين في الميراث بوصفه ولد اللعان

بادئ ذي بدء لابد من بيان معنى اللعان ثم توضيح معنى ولد اللعان قبل الولوج في الموضوع ، ويقصد باللعان لغة الطرد والابعاد من الخير^(٣١٦) ، أما المقصود باللعان في الاصطلاح الشرعي فهي اسم لشهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن والغضب قائمة في حق الزوج مقام حد القذف وفي حق الزوجة مقام حد الزنا فاذا تلاعن الزوجان بالصفة المبينة في القرآن الكريم، حكم القاضي بالتفريق بينهما او بنفي نسب الولد عن ابيه والحاقه بامه ، فالمتلاعنان هما زوج اتهم زوجته بالزنا ويتلاعنان حسب ما ورد في القرآن الكريم^(٣١٧) .

اما المقصود بولد اللعان هو الولد الذي ولدته امه على فراش زوجية صحيحة شرعا، ولكن الزوج رماها بالزنا، وقد يجمع الى هذا ان ينفي نسب ولدها منه غير انه لا يوجد شهود يشهدون بذلك، لذا شرع الله تعالى اللعان طريقا لخلص الزوج من هذا القذف وخلص الزوجة من حد الزنا، وان كان للكاذب منهما عند الله تعالى عذاب اشد من حد القذف وحد الزنا ، قال تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ اَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ اِلَّا اَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوْا اَحَدُهُمْ اَرْبَعٌ شَهَدَاتٍ بِاللّٰهِ اِنَّهُ لَمِنَ الصّٰدِقِيْنَ ﴿٦﴾ وَالْخَمِيْسَةَ اَنْ لَعَنَتِ اللّٰهُ عَلَيْهِ اِنْ كَانَ مِنَ الْكٰذِبِيْنَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ اَنْ تَشْهَدَ اَرْبَعٌ شَهَدَاتٍ بِاللّٰهِ اِنَّهُ لَمِنَ الْكٰذِبِيْنَ ﴿٨﴾ وَالْخَمِيْسَةَ اَنْ غَضَبَ اللّٰهُ عَلَيْهَا اِنْ كَانَ مِنَ الصّٰدِقِيْنَ ﴿٩﴾ ﴾^(٣١٨) .

واذا ما تمت الملاعنة امام القاضي وحكم بنفي نسب الولد من ابيه والحاقه بامه، صار ولد اللعان كولد الزنا من ناحية انه لا توارث بينه وبين ابيه الذي لاعن امه فيه ونفي نسبه، كما انه لا توارث بينه وبين احد من اقارب الملاعن.^(٣١٩)

اما بالنسبة للأم واقاربها فان التوارث يثبت بينهما عند جميع الفقهاء بما ورد عن ابن جابر (رضي الله عنه) انه قال : ((جعل رسول الله (ﷺ) ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعده))^(٣٢٠) أخرجه الامام ابو داود .

^(٣١٦) ينظر: محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مرجع سابق، ص ٥٩٩. وفؤاد افرام البستاني ، مرجع سابق، ص ٦٨٥.

^(٣١٧) للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الوهاب الشعراوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣٢ (كتاب اللعان) .

^(٣١٨) سورة النور الاية ٦ - ٩ .

^(٣١٩) للمزيد من التفصيل ينظر: د.مصطفى الخن ود.مصطفى البغا و علي الشرجي، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

^(٣٢٠) سنن ابي داود، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢٥ (كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة، رقم الحديث ٢٩٠٧) .

كما ورد ايضا عن ابن عمر (رضي الله عنه) ((ان النبي (ﷺ) لاعن بين رجل وامرأته فأنتقى من ولدها ففرق بينهما والحق الولد بالمرأة)) (٣٢١) أخرجه الامام البخاري .

و قد جاء في شرح الحديث انه " قال العيني رحمه الله الحديث مشتمل على حكم الحاق الولد بالام لمظاهر الحديث وذلك لأنه اذا لاعنها ونفي عنه نسب الحمل انتقى عنه ويثبت نسبه من الام ويرثها وترث منه " (٣٢٢) .

اما موقف القوانين عموما فلم يرد نص صريح بذلك، اذ يتم الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال التي لم يرد فيها نص كما هو الحال عليه في القانون العراقي والقوانين الأخر ، في حين نصت بوضوح المادة /٣٣٥ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة/٤٧ من قانون الميراث المصري والمادة /٣٠٣ من قانون الاحوال الشخصية السوري عليه (٣٢٣) .

(٣٢١) صحيح البخاري، مرجع سابق، ص ١١١٥ (كتاب الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعة ، رقم الحديث ٥٣١٥) وينظر: صحيح مسلم، مرجع سابق، ص ٦١٧ (كتاب اللعان رقم الحديث ٣٧٥٢) واللفظ للإمام البخاري.

(٣٢٢) محمد بن ياسين بن عبد الله، نيل المرام شرح بلوغ المرام من أدلة الاحكام، ج ٤، ط ١، مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل، ١٩٨٥، ص ٢٣٢ (باب اللعان) .

(٣٢٣) تنظر : المادة/٢-١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي و المادة /٣٣٥ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة/٤٧ من قانون الميراث المصري والمادة /٣٠٣ من قانون الاحوال الشخصية السوري.

الفصل الرابع

حق الجنين في الوصية

تتفق الوصية مع الميراث عموماً في أنهما تملك مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض معين على سبيل التبرع ، فلا تنتقل الملكية فيهما إلى الغير إلا بعد وقوع حادثة الموت ، إلا أن الجنين بالطبع لا يستحق بدوره الوصية إلا إذا كان حياً عند إنشاء الوصية وحين موت الموصي ، وولد حياً ولو للحظة واحدة بما يدل عليها عادة كالصرخ والعطاس والتثاؤب وانتقامه الثدي وتحريك الأعضاء وما شابه ذلك ، فان مات في بطن أمه أو أثناء انفصاله عنها وقبل تمام الانفصال لا تصح الوصية عندئذ .

كما ينبغي أن يكون الجنين قد ولد حياً خلال مدة محددة من تاريخ الوصية ، فتصح إذن الوصية للحمل إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوصية أو من تاريخ موت الموصي وذلك بعد تقديم الدليل على أن الموصي له الجنين كان موجوداً تقديراً أثناء الوصية ، فضلاً عن أن يثبت نسبه إذا كان الموصي قد عين ذلك في عقد الوصية .

فالوصية تعد أساساً نوع من الاستخلاف^(٣٢٤) ، إذ يكون الموصى له خليفة الموصي في المال الموصى به أي محل الوصية والتي ينبغي أن تكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن تكون محلاً للتعاقد وقت حياة الموصي ، أي مما ينتقل بالإرث من المورث إلى الورث ، فان لم تكن كذلك اشترط فيها أن تكون صالحة لأن تكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي ، فان لم

(٣٢٤) في هذا المضمار ينبغي التنبيه إلى أهمية التفرقة بين الوصية وهي مجال دراستنا والإيصاء ، إذ على الرغم من عدم وجود فرق بينهما عند أهل اللغة إلا أن الوصية تختلف عن الإيصاء ، فالإيصاء إقامة الشخص غيره مقام نفسه ليدبر أمور تركته ويدبر شؤون أولاده بعد وفاته ، وقد اخذ بها القانون العراقي في المادة ٧٥/ من قانون الأحوال الشخصية ويطلق عليها عادة الوصاية العهدية، كما يسمى الشخص الذي اسند إليه هذه المهمة بالموصى إليه أو الوصي، وقد ميز الفقهاء المسلمين من الناحية الموضوعية بين الوصية أي الوصية التملكية وبين الإيصاء أي الوصية العهدية ، كذلك ميز القانون بينهما أيضاً من الناحية الشكلية حين جعل اثبات الإيصاء بالبينة الشخصية والتحريرية ولا تحتاج إلى تصديق جهة رسمية ، في حين أن الوصية التملكية اعتبرت فيها من حيث الإثبات شروط شكلية كتوقيع الموصي والتصديق من الكاتب العدل في بعض الحالات ، وهكذا لا تحتاج الوصية العهدية في إثباتها إلى ما تحتاج إليه الوصية التملكية من الشروط المنصوص عليها في المادة ٦٥/ من قانون الأحوال الشخصية ، ومن هنا جاز اثبات الوصية العهدية بالبينة الشخصية والتحريرية ولا تحتاج إلى تصديق ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. أحمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٥٢؛ و د. مصطفى الزلمي و د. أحمد الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في أحكام الوصية ، ص ٢١١ .

ينطبق عليه كلا الأمرين تكون الوصية حينئذ باطلة ، اذ لا تصح وصية المسلم فيما لا يصح التعاقد عليه بان كان غير متقوم كالخمر والخنزير والميتة والدم او كان غير داخل في ملك احد كالمال المباح، فانه لا تصح الوصية به الا اذا كان المال غير المتقوم في الاسلام متقوما في عقيدة الموصي والموصي له بان كانا نصرانيين مثلا فالخمر والخنزير مال متقوم عندهم.

فضلا عن ان يكون الموصى به متقوما عند الموصي ان كان مالا وان يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي ان كان عينا ، فالموصى به قد يكون مالا وقد يكون حقا من الحقوق التي في معنى المال كالحقوق المتعلقة بالمال وبحقوق الارتفاق . وبغية تسليط الضوء على الموضوع بأكمله وتوضيحه ينبغي ان نقسم هذا الفصل على ثلاث مباحث وذلك على الشكل الاتي :-

المبحث الاول - ماهية حق الوصية

المبحث الثاني - شروط الوصية للجنين

المبحث الثالث - طرق اثبات الوصية للجنين

المبحث الاول

ماهية حق الوصية

بداية لا بد من ذكر معنى الوصية لغة ، فيقصد بها الايصال ، ووَصَى تَوْصِيَةً أي عهد اليه فيه واوعز اليه به، وَأَوْصَى له بشئ وَأَوْصَى اليه جعل وَصِيَةً وتَوَاصَى القوم أَوْصَى بعضهم بعض (٣٢٥).

اما المقصود بالوصية في الاصطلاح الشرعي فهي " تبرع بحق مضاف لما بعد الموت وسمي هذا التبرع بالوصية لان الموصي قد وصل به خير عقباه بخير دنياه " (٣٢٦).

اما في الاصطلاح القانوني فيقصد بها " تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض " (٣٢٧).

وتصح الوصية للجنين على رأي فقهاء المذاهب في الشريعة الإسلامية التي أقرت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، فله صلاحية اكتساب بعض الحقوق التي لا تحتاج في نشأتها الى القبول ، لما فيها من النفع المحض له ، ثم ان الوصية نوع من الاستخلاف حيث يكون الموصى له خليفة للموصي في بعض المال ، فكما ان الجنين أهلا للخلافة في الميراث كما ذكرنا ، فهو أهل لها في الوصية أيضا لأنها اخت الميراث وشبيهتها (٣٢٨) .

(٣٢٥) ينظر: فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص ٩٢٤.

(٣٢٦) د. مصطفى الخن و د. مصطفى البغا و علي الشرجي، مرجع سابق، ص ٢٤٣. وينبغي التنويه الى ان للوصية في الاصطلاح الفقهي تعاريف عديدة حسب المذاهب منها تعريف الحنفية بأنها " تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريقة التبرع سواء كان الموصى به عينا أو منفعة " ينظر: عبد الوهاب الشعراري ، مرجع سابق، ج ٢، ص ١١٢ (كتاب الوصايا) . ومنها تعريف المالكية بانها " عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقدة يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده " ومنها تعريف الشافعية بانها " تبرع بحق مضاف الى ما بعد الموت سواء اضافة لفظا اولاً " ومنها تعريف الحنابلة بانها " الامر بالتصرف بعد الموت " وللمزيد من التفصيل ينظر : عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة، ج ٣، اعتنى به نجيب الماجدي واحمد عوض ابو الشباب، المكتبة العصرية ، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٧٦٦.

(٣٢٧) المادة / ٦٤ من قانون الاحوال الشخصية العراقي وتطابقها المادة / ١١٢٥ من القانون المدني الاردني النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل. والمادة / ٢١٣ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة/١ من قانون الوصية المصري النافذ رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ المعدل ، والمادة / ٢٠٧ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمادة / ١٨٤ من قانون الاسرة الجزائري .

(٣٢٨) للمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٦.

وبهذا فان للجنين في بطن أمه اعتبارين ، الاول : باعتباره جزء من أمه ، والثاني : باعتباره نفسا مستقلة ، وبهذين الاعتبارين جعل له أهلية وجوب ناقصة ، فأثبتت له الحقوق الناقصة كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف ، ولم يثبت له الحقوق التي تحتاج في نشأتها الى قبول كالشراء ، والذي عليه جمهور الفقهاء ان الجنين ليس له ولي ولا وصي وإنما يجوز ان يعين له أمين يحفظ أمواله^(٣٢٩)، فالولاية عموما لا تثبت في الفقه الإسلامي إلا بعد الولادة ، ولكن أجاز الفقهاء تعيين أمين لحفظ ما يوقف للجنين من استحقاق في الإرث أو الوصية أو الوقف انتظارا لحين الولادة^(٣٣٠) .

والملاحظ على تعريف المقتن العراقي للوصية في المادة /٦٤ من قانون الأحوال الشخصية^(٣٣١) ، انه يشمل ما ليس تملিকা لكنه يترتب عليه ذلك كالوصية بالإبراء من الدين ، فانه إسقاط يؤول الى التملك ، كذلك يلاحظ أيضا انه اخضع لأحكام الوصية جميع تصرفات المريض مرض الموت إذا قصد بها التبرع أو المحاباة في حدود الفرق الذي ينجم من هذه المحاباة ، وبهذا نصت المادة /١١٠٩-١ من القانون المدني العراقي على ان " كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه محاباة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له " .

وعلى الرغم من ان نص المادة جاءت دقيقة وشاملة وموافقة لما استقر عليه جمهور فقهاء المسلمين من ان قاعدة إخضاع تبرعات المريض مرض الموت ومحاباته لإحكام الوصية، إلا ان ما ورد في نص المادة من إخضاع تبرعات ومحاباة المريض لأحكام الوصية ليس صحيحا على إطلاقه بل ان هناك تفصيلا بشأن هذه القاعدة لدى فقهاء المسلمين نوجزه فيما يلي : ان تبرعات ومحاباة المريض مرض الموت كالوصية في الأحكام الآتية : توقف نفاذ التصرف في حدود الزيادة عن الثلث على إجازة الورثة ، كذلك عدم صحتها للوارث إلا بإجازة بقية الورثة ، وخروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ، كما ان تزاحم التبرعات والمحاباة في الثلث كالوصايا ، في حين تختلف تبرعات ومحاباة المريض مرض الموت عن الوصية في الأحكام الآتية : فليس للمتبرع أو المحابي المريض مرض الموت حق الرجوع قبل الوفاة بخلاف التبرع

^(٣٢٩) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مرجع سابق ، ص ٧٤ .

^(٣٣٠) للمزيد من التفصيل ينظر : د. حمد عبيد الكبيسي و د. احمد علي الخطيب و د. محمد عباس

السامرائي، مرجع سابق ، ص ١٩٧ .

^(٣٣١) ينظر : المادة /٦٤ من قانون الاحوال الشخصية العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة المذكورة

سابقا .

في الوصية لأنه مشروط عادةً بالموت ومضاف الى ما بعده فلا وجود له قبل الوفاة ، ثم ان قبول تبرعات المريض أو ردّها يكون على الفور وفي حياة المريض، في حين انه لا عبرة بقبول أو رد الموصى له إلا بعد موت الموصي ، كما ان تبرعات المريض تقدم على وصيته عند أكثر الفقهاء المسلمين ، وهو ما ذكره أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر والشافعي وغيرهم ، اما عند التزاحم في التبرعات وعجز الثلث ، فيبدأ بالأول فالأول منها بخلاف الوصية ، وأخيرا فإن هبة المريض غير المقبوضة للورثة بعد وفاة المريض الخيرة ان شاءوا اقبضوا وان شاءوا منحوا سواء قبل الموهوب له الهبة أم لا ، في حين ان الوصية تلزم بقبول الموصى له بعد الوفاة دون ان يتوقف ذلك على رضاء الورثة في حدود الثلث (٣٣٢).

اما بالنسبة لصحة الوصية للجنين فقد اخذ القانون العراقي بذلك في المادة / ٦٨ من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على انه " ويشترط في الموصى له: ١ - ان يكون حيا حقيقة أو تقديرا حين الوصية وحين موت الموصي... " وبما ان الحمل يعد موجودا تقديرا فمعناه صحة الوصية للجنين أيضا إلا انه ترك التفاصيل في التأكد من ذلك الى قواعد الفقه الإسلامي الواردة بشأن اقل مدة للحمل وأقصاها .

وعلى عكسه فقد خاضت القوانين الاخر في التفاصيل مبينة بصورة واضحة الاحكام المتعلقة بها وحسنا فعلت، اذ نصت المادة / ٢٤٥ من قانون الأحوال الكويتي على انه " تصح الوصية للحمل في الأحوال التالية : ١- إذا اقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية ٢- إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة، وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين، توقف غلة الموصى به الى ان ينفصل الحمل حيا فتكون له " ، وتطابقها المادة/ ٣٥ من قانون الوصية المصري .

بينما نصت المادة / ٢٣٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري على انه " ١- تصح الوصية للحمل المعين وفقا لما يلي " أ- إذا اقر الموصي بوجود الحمل حين الايضاء يشترط ان يولد حيا لسنة فأقل من ذلك الحين ب- إذا كانت الحامل معتدة من وفاة أو فرقة بائنة يشترط ان يولد حيا لسنة فأقل من ذلك الحين ج- إذا لم يكن الموصي مقرا ولا الحامل معتدة يشترط ان يولد حيا لتسعة أشهر فأقل من حين الوصية د- إذا كانت الوصية لحمل من شخص معين

(٣٣٢) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام

يشترط مع ما تقدم ان يثبت نسب الولد من ذلك الشخص. ٢- توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي الى ان ينفصل الحمل حيا فتكون له " في حين نصت المادة /١٨٧ من قانون الأسرة الجزائري على انه " تصح الوصية للحمل بشرط ان يولد حيا وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس ".

والحقيقة التي ينبغي التأكيد عليها في هذا المضمار انه من مقتضى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي هو عدم جواز الوصية اصلا، لأنها مضافة الى زمن من تنقطع فيه الصلة بين الموصى وبين ما كان يملكه في حياته بالموت المزيل للملك فلا يتصور بعد ذلك التملك منه لان فاقد الشيء لا يعطيه ، إلا أنها شرعت استحسانا واستثناء من القاعدة ذلك رعاية للمصلحة العامة من جهة لما فيها من التكافل الاقتصادي بين أفراد المجتمع ، ولمصلحة الموصى نفسه من جهة أخرى لما تحويه من الخير والبر والتقرب الى الله تعالى (٣٣٣).

وهذا لا يعني ان الوصية ليست جائزة ، بل ان الاصل جواز الوصية والدليل على مشروعيتها هو الكتاب والسنة والإجماع والعقل (٣٣٤) ، قال تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾ (١٨٠) ، وقد فسر فقهاء المسلمين الخير بالمال ولكنهم اختلفوا في المقدار الذي تكون عنده الوصية (٣٣٦) .

ويجب التنبيه الى ان الوصية تتفق مع الميراث عموما في ان كلا منهما تملك مضاف الى ما بعد الموت فلا تنتقل الملكية فيهما الى الغير إلا بعد الموت ، غير أنهما يختلفان في

(٣٣٣) للمزيد من التفصيل ينظر :أ.د. وهبة الزحيلي ، الوجيز في اصول الفقه ، مرجع سابق ، ص ٨٦ ؛ وأ.د. هاشم جميل ، مسائل في الفقه المقارن ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٥٥ ؛ ود. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مرجع سابق ، ص ١٨٣ .

(٣٣٤) للمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية، ص ٢٢٣ ؛ وقد اتفقت كلمة الفقهاء المسلمين منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا على ان الوصية في حدود ثلث التركة مشروعة ومستحبة اذا توافرت شروطها واركانها ، كما ان العقل السليم يقضي بان الانسان يحتاج الى ان تكون خاتمة اعماله عملا خيرا يضاف الى اعماله السابقة الصالحة او ليتدارك بها من فرط منه في حياته وذلك بالوصية، وحقا ابداع صاحب البدائع في بدائعه حين قال " فان الانسان يحتاج الى ان يكون ختم عمله بالقرية وزيادة على القرب السابقة او تداركا لما فرط منه في حياته وذلك بالوصية " الشيخ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ، مطبعة العاصمة ، القاهرة ، من دون سنة طبع ، ص ٣٣٠ .

(٣٣٥) سورة البقرة اية ١٨٠ .

(٣٣٦) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام الحافظ عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن كثير الدمشقي (٧٧٤هـ) ، مختصر تفسير ابن كثير ، العلامة الاستاذ محمد علي الصابوني ، ج ١ ، ط ١ ، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ١٦٢ .

بعض الأوجه أهمها ان الوصية ملكية اختيارية تنشأ بإرادة الموصي ويرغبة الموصى له في القبول أو عدم الرد ، في حين ان الميراث ملكية غير اختيارية فلا دخل لإرادة المورث والوارث في تحققها ، ثم ان اختلاف الدين يعد مانعا من موانع الميراث بينما لا يعد مانعا من صحة الوصية لأنها وسيلة من وسائل التضامن والتكافل الاقتصادي بين أفراد المجتمع بغض النظر عن اختلافهم في الدين واللغة وغيرهما ، كما ان ملكية الورثة للتركة شائعة لا تتعلق بشيء معين منها فلكل وارث نسبة معينة في كل جزء من أجزاء التركة ، في حين ان ملكية الموصى له تنصب على جزء معين منها وهو العين الموصى بها ، هذا إذا لم يوصى بنسبة معينة من أمواله كسدسها أو ربعها أو ثلثها لأنها في هذه الحالة تكون كالميراث^(٣٣٧) .

اما إذا لم يكن للمتوفى وارث من اصحاب الفروض ولا عصبه باستثناء أحد الزوجين ولا مولى عتاقة ولا مولاه ولا عصبه ذكورا لمولى العتاقة ولا مقر له بالنسب على الغير وكان المتوفى قد أوصى بجميع المال لشخص بعينه أو جهة خيرية ، ففي هذه الحالة تنتقل الأموال جميعها إلى الموصى له بجميع المال ولا يتوقف على اجازة بيت المال على اعتباره الوارث الطبيعي عند انعدام الوارثين^(٣٣٨) .

ولا يقال ان من شروط صحة الوصية قبول الموصى له والجنين ليس من له ذلك، لأنها تشبه الميراث ولشبهها بالميراث فلا يشترط القبول^(٣٣٩)، غير ان الجنين لا يستحق الوصية إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية^(٣٤٠):

الاول :- ان يولد حيا فان مات في بطن أمه ، أو أثناء انفصاله عنها وقبل تمام الانفصال بطلت الوصية، اما إذا ولد حيا ثم مات بعد ذلك ولو للحظة واحدة لم تبطل الوصية

^(٣٣٧) للمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٢٩ .

^(٣٣٨) ينظر : أبو اليقظان عطيه فرج الجبوري ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ .

^(٣٣٩) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب، مرجع سابق، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٦؛ وللمزيد من التفصيل حول شروط الموصي والموصى له والموصى به ينظر : د. مصطفى الخن و د. مصطفى البغا و علي الشرجي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٩ .

^(٣٤٠) الجدير بالذكر في هذا الخصوص ان المادة / ٦٧ من قانون الاحوال الشخصية العراقي نصت على انه "يشترط في الموصي ان يكون اهلا للتبرع قانونا مالكا لما اوصى به " كما نصت المادة / ٦٨ منه على انه " يشترط في الموصى له: ١- ان يكون حيا حقيقة أو تقديرا حين الوصية وحين موت الموصى . ٢- ان لا يكون قاتلا للموصي " في حين نصت المادة / ٦٩ منه على انه " يشترط في الموصى به ان يكون قابلا للتملك بعد موت الموصي " كما نصت المادة / ٧٠ منه على انه " لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا باجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثا لمن لا وارث له " ونصت المادة / ٧٣ منه ايضا على انه " تراعى في الوصية احكام المواد من ١١٠٨ الى ١١١٢ من القانون المدني العراقي " .

بل تنتقل ملكيتها الى ورثة المولود، اما إذا ولد مولودان احدهما حي والآخر ميت فالوصية للحي منهما، وان ولدتهما أحياء ثم مات احدهما، فان الوصية لهما مناصفة وحقوق الذي مات منهما ميراث لورثته (٣٤١) .

وهذا أيضا ما نصت عليه بعض القوانين الوضعية صراحة، كما في المادة /٢٤٦ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي نصت على انه "أ- إذا جاءت الحامل بولدين حيين أو أكثر في وقت واحد أو في وقتين بينهما اقل من ستة اشهر كانت الوصية بينهم بالتساوي الا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك ، ب- وإن انفصل احدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية ج- وان مات احد الأولاد بعد الولادة ففي الوصية بالأعيان تكون حصته بين ورثته ، وفي الوصية بالمنافع تكون حصته من بدل المنفعة الى حين موته بين ورثته ، وبعد موته ترد الى ورثة الموصي " وتطابقها المادة /٣٦ من قانون الوصية المصري والمادة /٢٣٧ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمادة /١٨٧ من قانون الأسرة الجزائري .

الثاني:- ان يكون قد ولد حيا خلال مدة محددة من تاريخ الوصية ، وهذه المدة تختلف عادة بحسب ما إذا كان الموصي قد أقر بوجود الحمل عند الوصية أو لم يقر بذلك، فإذا كان قد أقر بوجود الحمل وقت الوصية كما لو قال أوصيت لحمل فلانة الموجود في بطنها الآن ونحو ذلك ، أو كانت الحامل معتدة من طلاق بائن أو وفاة اشترط ان يولد لسنة شمسية (أي ثلاثمائة وخمسة وستون يوما) على الأكثر من تاريخ الوصية أو وقت الطلاق أو الوفاة ، ذلك انه حيث أقر بوجوده فانه ينبغي تصحيح إقراره ما وجد الى ذلك سببا ، فإذا ولد لهذه المدة وهي أقصى مدة يمكن ان يبقى الولد فيها في بطن أمه ، كما قرر ذلك أهل الخبرة من الأطباء، كان وجوده عند إنشاء الوصية أمرا ممكنا وتصح من باب أولى إذا ولدته لأقل من هذه المدة(٣٤٢)، وهذا أيضا ما صرحت به بعض القوانين المقارنة(٣٤٣).

اما إذا يكن الموصي قد أقر بوجود الحمل وقت إنشاء الوصية وكانت الحامل زوجة حقيقية أو حكما بان كانت معتدة من طلاق رجعي ، أو كانت خالية من الأزواج وعدتهم يشترط

(٣٤١) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٧ .

(٣٤٢) ينظر : المرجع السابق ، ص ٢٥٧ .

(٣٤٣) تنظر : المادة /٢٤٥ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة /٣٥ من قانون الوصية المصري والمادة /٢٣٦ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمادة /١٨٧ من قانون الاسرة الجزائري الوارد ذكرهم سابقا .

ان يولد لسته أشهر على الأكثر ، وإذا ولد لأكثر من ذلك فان الوصية تبطل لاحتمال حصول الحمل بعد إنشائها فلا يستحق شيئاً مع الشك (٣٤٤) .

وقد نصت أيضا القوانين المقارنة على هذه الحالة ، إذ نصت المادة /٢٤٥ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على انه " تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية : ... إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم - أي ٩ أشهر - على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بئنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة ... " وتطابقها المادة /٣٥-٢ من قانون الوصية المصري والمادة /٢٣٦-ج من قانون الاحوال الشخصية السوري .

الثالث :- ان يثبت نسبه لأبيه إذا كان الموصى قد عين ذلك في عقد الوصية ، ومتى ولد الجنين مع تحقق هذه الشروط الثلاثة تثبت له الوصية (٣٤٥) .

كذلك صرحت بذلك القوانين المقارنة أيضا إذ نصت /٢٤٥ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على انه " ... وإذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين توقف غلة الموصى به إلى ان ينفصل الحمل حيا فتكون له " وتطابقها المادة /٣٥-٢ من قانون الوصية المصري والمادة /٢٣٦-د من قانون الاحوال الشخصية السوري .

(٣٤٤) ينظر : د. مصطفى الزلمي ، و د. احمد الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٧ .

(٣٤٥) ينظر: المرجع السابق ، ص ٢٥٨ .

المبحث الثاني

شروط الوصية للجنين

الوصية للجنين عموماً لها شروط عديدة ، منها ما يختص بالموصي ومنها ما يختص بالموصي له ومنها ما يختص بالمال الموصى به ومنها ما يختص بالوصية ذاتها لأجل صحتها ونفاذها ، وسوف نتطرق إليها بالتفصيل وذلك حسب المطالب الآتية :

المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في الموصي

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في الموصى له

المطلب الثالث : الشروط الواجب توافرها في الموصى به

المطلب الرابع : الشروط الواجب توافرها في الوصية ذاتها

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في الموصي

بداية يقصد بالموصي الشخص الذي أراد التبرع والتصرف في التركة مضافا الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض لأخر من اجل البر والصلة ، وهو قد يكون فردا أو جهة محصورة أو غير محصورة أو جهة خير وبر ، فقد يكون فردا طبيعيا أو شخصا معنويا اعتباريا ، والتساؤلات عديدة حول الموضوع نبدوها ، هل يصح ان يكون الموصي جنينا؟ .

وبالطبع الإجابة معروفة انه لا يصح ان يكون موصيا، لان الجنين لا يملك إرادة ولا نستطيع ان نعهده شخصا لأن لديه شخصية وأهلية وجوب ناقصة ، إذن التساؤلات المثارة هي، هل يصح ان يكون الموصي صبيا أو مجنونا؟ وهل ينبغي بالتحديد ان يكون راضيا مختارا؟ وما هي إذن الشروط الواجب توافرها في الموصي حتى تكون الوصية صحيحة ونافاذة؟

عموما يشترط في الموصي ان يكون عاقلا بالغاً راضيا مالكا لما يوصي به ، والا يكون مدينا ديناً مستغرقا ولا هازلا ولا مخطئا ولا مكرها ولا ما شابه ذلك ، حيث يشترط الأحناف في الموصي^(٣٤٦) ، ان يكون عاقلا فلا يصح وصية المجنون والمعتوه والمختل العقل لسكر أو مرض أو نحوهما ، كذلك ان يكون بالغاً إذ اتفق الفقهاء على بطلان وصية الصبي غير المميز لان عبارته ملغاة لا يعتمد بما تدل عليه^(٣٤٧) .

اما إذا كان الصبي مميزا فقد اختلف الفقهاء في صحة وصيته ، فذهب الحنفية والشافعية - في احد القولين - الى عدم صحة وصيته أيضا ، اما المالكية والحنابلة والشافعية - في القول الآخر - والجعفرية ، فقد ذهبوا الى صحة وصية الصبي المميز إذا جاوز العشر سنين لان الحجر إنما كان على الصبي لحق نفسه ، فإذا منع من الوصية كان الحجر عليه لحق غيره ولأنه منع من التصرف في المال خوف إضاعته له وإتلافه إياه ، وهو في الوصية ليس مضيعا ولا متلفا لأنه ان عاش فالمال ماله وإن مات فقد انقطعت علاقته به ، وبدورنا نؤيد الرأي الأول لانه أولى بالأخذ به فلا تصح وصية الصبي المميز إلا إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه مع

(٣٤٦) في حين يشترط الائمة المالكية في الموصي شرطين : اولهما - ان يكون حرا فلا تصح وصية الرقيق ولو بشائبة رق ، وثانيهما - ان يكون مميزا ، بينما نلاحظ ان الائمة الشافعية يشترطون في الموصي ان يكون بالغاً عاقلا حرا مختارا ، اما الائمة الحنابلة فيشترطون في الموصي امورا عديدة منها ان يكون عاقلا مميزا والا يكون محجورا عليه لسفه ، وللمزيد من التفصيل ينظر : عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٧٦٨-٧٧١ .

(٣٤٧) للمزيد من التفصيل ينظر : المرجع السابق ، ص ٧٦٨ .

اشتراط المصلحة في ذلك استحسانا ، إذ القياس يقتضي عدم صحة وصيته ولو أضافها الى وقت البلوغ لاعتبارها في هذه الحالة صدرت غير معتبرة فتصبح لغوا (٣٤٨) .

كما يجب ان يكون الموصي مالكا لما اوصى به ، وهو حكم موافق للشرع والقانون ، لان الوصية لا تصح إلا بالملك الصرف ، ومن لم يكن مالكا للمال الذي يوصي به لا يتأتى له ان يسلكه غيره لان فاقد الشيء لا يعطيه فتبطل الوصية ، كذلك إلا يكون الموصي عند موته مدينا دينيا مستغرقا، ففي هذه الحالة التركة المستغرقة ملك الدائنين فلا تصح وصية ولا ميراث إلا بعد سداد الدين ، اما إذا كانت غير مستغرقة بالدين فالوصية تنفذ في ثلث الزائد عنه بالاتفاق (٣٤٩) .

اما عن موقف القوانين فانه يفهم من المادة /٦٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي اشتراط اهلية التبرع وان يكون مالكا لما يوصى به إذ نصت على انه " يشترط في الموصي ان يكون اهلا للتبرع قانونا مالكا لما اوصى به " .

في حين ان شرط كونه مختارا راضيا فيؤخذ من القواعد العامة في القانون ، ثم ان هذا القانون قد نص في المادة /٧٢-٢ منه على انه " تبطل الوصية في الأحوال التالية :- ١- ... ٢- بفقدان اهلية الموصي الى حين موته " ومن المعلوم أيضا ان الموصي يفقد اهليته بالجنون المطبق وفقا لنص المادة /١٠٨ من القانون المدني العراقي التي نصت على ان " المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل " .

وبناء على ذلك فان المقنن العراقي قد اخذ برأي جمهور الحنفية في اشتراط استمرارية اهلية الموصي الى حين الوفاة وفي ان الجنون المطبق يبطل الوصية (٣٥٠) ، كما اخذ أيضا بالرأي الغالب في الفقه الاسلامي في استثناء الوصية من القواعد العامة التي تقضي بان الانسان لا يكون اهلا للتبرع إلا إذا كان رشيدا ، كما يفهم ذلك من نص المادة /١٠٩-٢ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه " تصح وصايا السفهه بثلث ماله " ومن المادة /١١٠ منه أيضا التي نصت على انه " حكم ذي الغفلة حكم السفهه " .

(٣٤٨) ينظر د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٥.

(٣٤٩) للمزيد من التفصيل حول هذا الشرط الذي يرى بعض الفقهاء انه شرط النفاذ دون الصحة ، في حين ذهب البعض الاخر الى عدم صحة الوصية ، لان هذا الشرط هو شرط الصحة ينظر : د. مصطفى

ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٤٨.

(٣٥٠) للمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم

الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٤٨.

فلا يشترط اذن في الموصي ان يكون رشيدا وهذا على رأي أبي حنيفة ، إلا ان صاحبا - ابو يوسف ومحمد - خالفاه فذهبا الى عدم صحة وصية السفية للحجر عليه إلا إذا كانت وصيته في الطاعات والقرب ووجوه البر ، لان الوصية حينئذ ضرب من العبادات وهي تصح من السفية لأنه مكلف (٣٥١) .

في حين نصت المادة /٢١٧ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على انه " أ- يشترط في الموصي ان يكون اهلا للتبرع قانونا . ب- إذا كان الموصي محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشر سنة جازت وصيته باذن من المحكمة أو اجازتها . ج- الوصية الصادرة من المحجوز عليه قبل الحجر للسفه أو للغفلة لا تحتاج استمرارها الى اذن . د- وصية المرتد والمرتدة نافذة إذا عادا الى الاسلام " وتطابقها المادة/٥ من قانون الوصية المصري والمادة /٢١١ من قانون الأحوال الشخصية السوري، في حين نصت المادة /١٨٦ من قانون الأسرة الجزائري على انه " يشترط في الموصي ان يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسع عشرة (١٩) سنة على الأقل " .

(٣٥١) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص٢٦ .

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في الموصى له

يقصد بالموصى له من كانت الوصية له وقصد الوصي بره وصلته ، وان يجعله خلفا له فيما اوصى به ، وقد يكون الموصى له موجودا وقت إنشاء الوصية وجودا محققا أو محتملا ، كما قد يكون مجهولا جهالة فاحشة أو يسيره أو معلوما ، وقد يكون معدوما وقت الانشاء موجودا وقت الموت أو معدوما فيهما ، كما قد يكون الموصى له فردا أو جهة محصورة أو غير محصورة أو جهة خير وبر ، فقد يكون فردا طبيعيا وقد يكون أيضا شخصا معنويا اعتباريا ، ثم انه قد يكون مسلما أو غير مسلم في دار الحرب ، فضلا عن انه قد يكون الموصى له جنينا في بطن أمه أو احد ورثته ، وقد يكون قاتلا للموصى ، فما هي الشروط الواجب توافرها في الموصى له حتى يستحق الوصية ؟ .

اشترط الفقهاء عموما في الموصى له ستة شروط ، ثلاثة منها لصحة الوصية وهي : ان يكون الموصى له معلوما معينا بما يرفع الجهالة ، وان يكون موجودا حقيقة أو حكما عند إنشاء الوصية إذا كان معينا بالاسم أو بالإشارة ، اما إذا كان التعيين بالوصف فلا يشترط حينئذ وجوده عند الانشاء، وكذلك ان لا يكون الموصى له جهة معصية ، وشرطان منها لبقاء الوصية صحيحة هما : الا يكون الموصى له حربيا في دار الحرب والا يكون قاتلا للموصى ، وشرط واحد للصحة عند البعض منهم كالظاهرية وهو : إلا يكون الموصى له وارثا للموصى ، وشرط واحد فقط لنفاذ الوصية عند بعض الفقهاء كالحنفية (٣٥٢) .

(٣٥٢) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٠ .

فالائمة الاحناف يشترطون امورا كثيرة منها ان يكون الموصى له اهلا للتملك فلا تصح الوصية لمن لا يملك ، كذلك ان يكون حيا وقت الوصية ولو تقديرا فيشمل بذلك الوصية للجنين في بطن أمه، فانه حي تقديرا ، فتصح الوصية للحمل اذن إذا اتت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوصية أو من تاريخ موت الموصي ، وذلك بعد تقديم الدليل على ان الموصى له كان موجودا تقديرا أثناء الوصية (٣٥٣) .

(٣٥٣) في حين يشترط الائمة المالكية ايضا في الموصى له ان يكون ممن يصح ان يملك ما اوصى له اما حالا او مالا ، فيصح الايحاء للحمل الموجود او الذي سيوجد فاذا قال اوصيت بكذا لمن سيوجد لفلان من اولاد فانه يشمل من كان حملا في بطن امه ويشمل من لم يكن موجودا اصلا فيؤخر الموصى به للحمل اذا لم يكن حمل وللوضع ان كان حملا ، فاذا وضع الولد واستهل صارخا استحق الموصى به والا فلا يستحق ، فنزول الولد مستهلا اذن شرط استحقاقه للموصى به لا لصحة الوصية ، فاذا ولدت اكثر من واحد وزع الموصى به عليهم بنسبة واحدة للذكر مثل الانثى ما لم ينص غير ذلك فان نص على تفضيل احد عمل بنصه ، بينما يشترط الائمة الشافعية في الموصى له ان يكون ممن يتاتى له الملك بنفسه ان كان مكلفا او بوليه ان كان صبيا او مجنونا ونحوها ، فتصح الوصية للعاقل والمجنون والكبير والصغير حتى الجنين في بطن امه ولو قبل انفصاله على المعتمد ، فيصح ان يقول اوصيت بكذا لأولاد زيد الموجودين ولمن سيحدث له من الاولاد، فان الوصية تصح للجميع على ان يكون المعدوم تابعا للاولاد الموجودين ، وهذا بخلاف الوقف كما سيأتي ذكره ، لان الوقف يصح فيه ذلك نظرا لكونه المقصود منه الدوام ولكن يقبل كمن ليس اهلا كالصغير والمجنون لوليه، وتصح الوصية بالحمل لانه يقبل النقل من اختصاص شخص الى اخر، فاذا اوصى شخص لآخر بالحمل الذي في بطن بقرته مثلا فان الوصية تصح ، واذا كان الحمل موجودا في بطن امه يشترط ان يكون وجوده معروفا عند الوصية وان ينفصل حيا ويرجع في معرفة مدة حمله الى اهل الخبرة ، وبهذا تصح الوصية للحمل، فاذا قال اوصيت لولد فلان الذي في بطن امه بكذا فان الوصية تصح له بشرط ان يكون موجودا عند الوصية وان ينفصل حيا وبحية مستقرة ويعرف وجوده اذا ولدته في مدة تقل عن ستة اشهر من وقت الوصية اذا كانت المرأة فراشا ينسب الحمل اليه كان تكون متزوجة ، اما اذا لم تكن كذلك فان لم يكن لها فراشا اصلا فلا تصح الوصية ، اما اذا كان زوج ومات عنها او طلقها فان الوصية تكون له اذا ولدته لاكثر من ستة اشهر الى اقل من اربعة سنين وهي اكثر مدة حمل ، اما اذا كان الحمل معدوما اساسا فان الوصية تصح به وله لانه لا يشترط ان يكون الموصى به موجودا ، في حين ان الائمة الحنابلة يشترطون في الموصى له ان لا يكون قاتلا للموصى سواء كان القتل عمدا او خطأ ، ولا يشترط في الموصى له ان يكون مسلما فتصح الوصية للكافر ، ويشترط ان يكون الموصى له موجودا عند الوصية ، فتصح الوصية على الحمل بشرط ان يكون موجودا حال الوصية بان تضعه حيا لاقل من ستة اشهر من حين الوصية ، وبشرط ان تكون فراشا لزوج او سيد او بانئا ، فان لم تكن فراشا او كان زوجها غائبا في بلد بعيد او محبوسا فان الوصية تصح ان وضعته لاقل من اربعة سنين كما ذكر عند الائمة الشافعية . وللمزيد من التفصيل ينظر : عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٧٦٩-٧٧١.

كما تصح الوصية للحمل كقوله أوصيت لحمل دابتي هذه أو وصيت بهذه الدابة للحمل الذي في بطن فلانة وهنا لا يشترط القبول في هذه الحالة كما ذكرنا سابقا ، وإنما تصح الوصية للحمل بشرط ان يكون موجودا حين الوصية إذا كان لها زوج متمكن من قرانها ، ويعرف بوصفه حيا في مدة تقل عن ستة أشهر من تاريخ الوصية ، فإذا مات الموصي ثم ولدت بعد موته في مدة تقل عن ستة أشهر علم ان الولد كان موجودا وقت الوصية ، اما إذا ولدته بعد مضي ستة أشهر كاملة لم يثبت وجوده عند الوصية ، لان اقل الحمل ستة أشهر فيمكن ان تكون علقت به بعد الوصية ، فلا يكون موجودا عندها ، اما إذا كان الزوج ميتا أو كانت مطلقة طلاقا بائنا ، فان الوصية تصح إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق ولو كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ، فإذا جاءت به لأقل من سنتين حيا فانه يثبت وجوده عند الوصية حكما بدليل ان النسب يثبت من الزوج باعتبار انها علقت به قبل موته أو قبل طلاقها ، وبذلك نكون قد حكمنا بوجود الولد قبل موت الموصي ، لان المفروض ان الموصي مات بعد الزوج ، ومتى حكمنا بذلك فقد حكمنا بوجود الولد عند الوصية (٣٥٤) .

كذلك فانه يشترط للموصى له ان يكون موجودا ، ومن الطبيعي وجوب ان يكون الموصى له موجودا وقت الانشاء ما دام معيننا بالاسم أو بالاشارة وجودا حقيقيا مستقلا أو وجودا تقديريا كالحمل في بطن أمه ، بشرط ان يتحقق وقت الانشاء ، اما إذا عرفه الموصي بالوصف فجمهور الفقهاء باستثناء المالكية لم يشترطوا وجوده وقت الانشاء بل يكفي ان يكون موجودا وقت وفاة الموصي ، اما المالكية فانهم قد عرفوا الموصى له بأنه من يصح تملكه للموصي به شرعا حالا أو مالا ولو حكما ، فتصح اذن الوصية للحمل الذي يحصل في المستقبل ، بل قالوا انها تصح للميت أيضا إذا كان الموصي عالما بموته ، وتصرف الوصية في سداد ديونه أو لورثته ، وهم بهذا قد اجازوا الوصية للمعدوم الذي يحتمل الوجود ولو بعد وفاة الموصي بزمن بعيد ، في حين ان جمهور فقهاء المسلمين يعتبرون الوصية باطلة إذا مات الموصي ولم يوجد احد من الموصى لهم ، وتبقى جزء من التركة يرثها من بعده ورثته، ووجه عدم صحتها عندئذ هو ان قاعدة التملك تقتضي وجود الممتلك الذي سيتعلق الملك بذمته ، ولكن لما كانت الوصية بطبيعتها شرعت على خلاف الاصل في عقود التملك ، وكان التملك منها مضافا الى ما بعد

(٣٥٤) من الجدير بالذكر في هذا الصدد انه كما تصح الوصية لحمل الانسان كذلك فانها تصح لحمل الحيوانات لينفق عليها من الموصى به ، وللمزيد من التفصيل ينظر : عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق،

الموت ، اجازوا تخلف وجود الموصى له وقت الانشاء إذا لم يكن معيناً ، لكن لا بد من وجوده وقت وفاة الموصي (٣٥٥).

ونلاحظ في هذا الخصوص ان موقف القوانين عموماً يتفق مع رأي جمهور فقهاء المسلمين في اشتراط وجود الموصى له ان كان معيناً بالاسم أو بالاشارة ، إلا انهم اخذوا برأي المالكية من جواز الوصية للمعدوم الذي يحتمل الوجود مستقبلاً إذا عرفه الموصي بالوصف فقط ، إذ نصت المادة /٦٨ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه " يشترط في الموصى له ان يكون حياً حقيقةً أو تقديرًا حين الوصية وحين موت الموصي ، وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام ٢- ان لا يكون قاتلاً للموصي " فهذه الاشخاص المعنوية إذا عينت بالوصف فيجوز الوصية لها وان لم تكن موجودة وقت الوصية أو وقت الوفاة .

كذلك نصت المادة /٢١٨ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على انه " يشترط في الموصي له : ١- ان يكون معلوماً ٢- ان يكون موجوداً عند الوصية ان كان معيناً ٣- ان لم يكن معيناً لا يشترط ان يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الوصي وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة /٢٧٩ " وتطابقها المادة /٦ من قانون الوصية المصري والمادة /٢١٢ من قانون الأحوال السوري .

كما نصت المادة /٢١٩ من قانون الأحوال الكويتي على انه " ١- تصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجه الخير ٢- تصح الوصية للمساجد والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر وللمؤسسات العلمية والمصالح العامة وتصرف على ادارتها وعمارته ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بصرف أو دلالة " وتطابقها المادة/٧ من قانون الوصية المصري والمادة /٢١٣ من قانون الأحوال الشخصية السوري، كذلك نصت المادة/٢٢٠ من قانون الأحوال الكويتي على انه " تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً فان تعذر وجودها صرفت الوصية الى اقرب مجانس لتلك الجهة " وتطابقها المادة/٨ من قانون الوصية المصري والمادة /٢١٤ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

(٣٥٥) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٠.

كما ويشترط أيضا إلا يكون الموصى له حربيا ، ويقصد بالحربي هو غير المسلم المقيم في دار الحرب المعادية لدار الاسلام وليس بين الدارين تعاون ولا تناصر ، وهذا الشرط في الواقع هو شرط لبقاء الوصية صحيحة ، لان العبرة ينبغي ان تكون بوقت موت الموصي وظهور حكم الوصية عند التنفيذ ، وقد ذهب الحنفية والشافعي والشيعة الامامية الى ان هذا وشرط الصحة لان الوصية تبرع بتمليك ، وفي التبرع لمن يكون محاربا اعانة له على محاربتنا (٣٥٦) .

في حين نص الامام احمد على ان الوصية للحربي في دار الحرب تصح وهو قول مالك واكثر اصحاب الشافعي قياسا على جواز الهبة له (٣٥٧) .

وهكذا تصح الوصية من كتابي لمسلم ومن مسلم لكتابي ما لم يكن حربيا ، (٣٥٨) امثالاً لقوله تعالى ﴿ لَا يَنْهَى كُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (٨) إِنَّمَا يَنْهَى كُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٩﴾ (٣٥٩) .

اما موقف القانون العراقي من شرط إلا يكون الموصى به حربيا ، فقد اتجه حسب ما يبدو لنا الى مبدا المقابلة بالمثل عند اختلاف الجنسية (٣٦٠) ، وان لم يكن الموصى له حربيا ، فنصت بذلك المادة /٧١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه " تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل " وتطابقها المادة /٢١٥

(٣٥٦) ينظر : الامام الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج٧ ، ص ٣١١ .

(٣٥٧) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في أحكام الوصية ، ص ٢٥٢ .

(٣٥٨) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٩ .

(٣٥٩) سورة الممتحنة اية ٨-٩ .

(٣٦٠) في هذا الصدد ينبغي التاكيد على ان هذا المبدا يهدف اساسا الى تحقيق المساواة بين الأجانب في الداخل والوطنيين في الخارج، وبذلك تكفل الدول للاجنبي معاملة مماثلة لتلك التي يلقاها رعاياها في دولة الاجنبي، كما ترمي الا تعطي الاجانب اكثر مما يعطي رعاياها في الخارج ، أو ان تضمن لهؤلاء ما يتمتع به الاجانب في اقليمها من حقوق فالمعاملة بالمثل تقرر عادة اما بموجب معاهدة يتفق فيها على ان يتمتع التابعون لكل دولة من الدول المتعاقدة في اقليم الدولة الاخرى بالحقوق المقررة للتابعين لهذه الاخيرة او ان ينص على حقوق معينة يتمتع بها رعايا كل دولة الاخرى ، او ان تكون مقرررة تشريعا فلا تمنح للاجنبي او للدولة الاجنبية الا الحقوق التي يمنحها قانون دولته للتابعين لتلك الدولة ، واما ان تكون المعاملة بالمثل ثابتة واقعا ، أي ان الدولة تعامل الاخرى بنفس المعاملة التي تعامل بها رعاياها دون استلزام وجود معاهدة او تشريع داخلي يقرر صراحة المعاملة بالمثل ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .

من قانون الأحوال الشخصية السوري فيما عدا انه لم تحدد الوصية بالمنقول بل جاءت المادة مطلقة تصح للمنقول وغير المنقول .

في حين نصت المادة /٢٢١ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على انه " تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ومع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعاً لبلد اسلامي والموصي له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي " ، وتطابقها المادة/٩ من قانون الوصية المصري .

وهكذا نلاحظ التفاوت بين القوانين إذ قيد القانون العراقي صحة الوصية بالمنقول فقط في حالة اختلاف الدين ، في حين جعلها القانون الكويتي والمصري والسوري تصح بصورة مطلقة سواء منقول ام غير منقول وتصح أيضاً مع اختلاف الدارين شرط ان لا تمنع شريعة الموصى له ذلك ، بينما القانون العراقي والسوري جعل الوصية تصح مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل ، بينما نصت المادة /٢٠٠ من قانون الأسرة الجزائري على انه " تصح الوصية مع اختلاف الدين " .

كما اعتبر المشرع العراقي القتل مانعاً من الوصية دون تحديد نوع القتل تماشياً مع شرط الفقهاء المسلمين بان لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي بواحد من انواع القتل الاربعة - دون القتل بسبب - وهي العمد وشبه العمد والخطأ والجاري مجرى الخطأ ، فإذا قتل الموصي له بواحد من هذه الأنواع لا تنفذ الوصية له ، اما إذا حصل القتل بالنوع الأخير وهو القتل بسبب كما لو حفر الموصى له بئراً فوق فيها الموصي ومات أو قتل دفاعاً عن النفس تصح الوصية وتنفذ (٣٦١) .

وبهذا فقد نصت المادة /٦٨-٢ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه " يشترط في الموصى له : ١- ٢ ... ان لا يكون قاتلاً للموصي " ونرى ان الاطلاق الوارد في القانون العراقي بالنسبة للقتل يجب ان يحمل على التقيد في الشرع حتى يكون أكثر انسجاماً مع رأي فقهاء المسلمين ، فان كان القتل بحق وعذر أو دفاعاً عن النفس وكان القاتل بالغاً من العمر خمسة عشر سنة فتصح الوصية وتنفذ .

(٣٦١) ينظر : د. مصطفى الرافي ، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

لذا نقترح في هذا الخصوص ان تكون الفقرة (٢) من المادة /٦٨ بالشكل الاتي : " يشترط في الموصى له: ١ - ... ٢- ان لا يكون قاتلا للموصي ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدا سواء أكان القاتل فاعلا اصليا ام شريكا أو كان شاهد زور ادت شهادته الى الحكم بالاعدام على الموصي وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ، وبلا عذر ، وكان القاتل مسؤولا جنائيا ، ويعد من الاعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي " وذلك على غرار القوانين المقارنة الاخر واسوة بها (٣٦٢) .

أما بالنسبة لشرط إلا يكون الموصى له وارثا فقد اخذ القانون العراقي بجواز الوصية للوارث ولا يتوقف نفاذها على إجازة الورثة إلا فيما جاوز ثلث التركة ، حيث نصت المادة /١١٠٨-٢ من القانون المدني العراقي على انه " تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة " فهذا النص واضح بانه لم يشترط إجازة الورثة إلا بالنسبة الى الزيادة على الثلث كما نصت المادة /٧٠ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه " لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثا لمن لا وارث له " .

في حين نصت المادة /٢٤٧ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على انه "تنفذ الوصية لغير الوارث في حدود ثلث ما تبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة. لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الاهلية . إذا اجاز بعض الورثة الوصية لوارث أو بما زاد على الثلث لغير الوارث ولم يجز البعض نفذت في حق من اجازها . تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزنة العامة"، في حين نصت المادة/٣٧ من قانون الوصية المصري على انه "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصبح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من اهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزنة العامة " . بينما نصت المادة /٢١٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري على انه " تصح الوصية بأقراض الموصي له قدرا معلوما من المال ولا تنفذ فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة " كما نصت المادة /١٨٥ من قانون الأسرة الجزائري على انه "

(٣٦٢) تنظر : المادة /٢٢٧ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، والمادة /١٧ من قانون الوصية المصري والمادة /١٨٨ من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على انه " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا " .

تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة " ونصت أيضا المادة /١٨٩ منه على انه " لا وصية لوارث إلا إذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي " .

والجدير بالذكر ان القضاء العراقي استقر في اثبات دعاوى الوصية بناء على ما جاء في قانون الأحوال الشخصية ، اما الوصية الواقعة قبل صدور هذا القانون فانه يطبق عليها الفقه الاسلامي ، وان دعوى الوصية في كل حالاتها لا تقام إلا ضمن دعوى مال ، إذ جاء في قرار مجلس التمييز العراقي انه " اصدرت المحكمة الشرعية في كركوك في ١١/٧/١٩٦١ حكما وجاهيا خلاصته : ان المحكمة كانت قد اصدرت حكما وجاهيا بتاريخ ٢٨/١١/١٩٦٠ يقضي برد دعوى المدعين بشأن طلبهم الحكم بصحة وصية المتوفاة الحاجة آمنة بجميع ممتلكاتها من الاموال المنقولة وغير المنقولة تقسم بينهم مثلثة ومنع معارضة المدعي عليها بنت المتوفاة المذكورة وذلك لان هذه الوصية هي وصية لوارث ولا تجوز شرعا إلا بإجازة الورثة وانها وقعت قبل صدور قانون الأحوال الشخصية فنقض تمييزا بالقرار المرقم ٢٢ في ١٩/١/١٩٦١ للاسباب المبسوطه فيه وهي : أ- لم تقم الدعوى ضمن مال يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة ويطلب الحكم به ب- لم تسمع البينة على الوفاة وحصر الورثة ج- ظهر من المحضر بان المدعي (ع) ليس بوارث للمتوفاة فتصح الوصية له من الثلث . واتباعا لذلك اعيدت المحاكمة وبنيتها حكمت المحكمة بصحة وصية الموصية المذكورة بثلاث مالها فقط بالنسبة الى المدعي غير الوارث (ع) منقولا وغير منقول ومنع معارضة المدعي عليها للمدعي المذكور من التصرف بثلاث مال المتوفاة ورد دعوى المدعين الاخرين . ولدى التدقيق والمداولة تبين بان المحكمة لم تتبع الفقرة الاولى من قرار النقض باقامة الدعوى ضمن دعوى مال معلة ذلك بقولها : تبين بان الدعوى مقامة ومضافة الى مال وقد استوفت المحكمة رسم الدعوى بنسبته ولذا فان الفقرة المتعلقة في القرار التمييزي غير واردة ولا حاجة الى البحث عن المال من جديد . وهذا غير صحيح لان الدعوى يجب ان تقام ضمن دعوى مال بان يطلب المدعي - بصفته موصى له - الحكم بالزام المدعي عليها بمال معين بعد ثبوت الوصية وبعد ان يثبت دعواه تحكم بالمال والوصية . لذا قررنا بالاكثريه نقض الحكم واعادته الى محكمته لتكليف المدعي بتصحيح دعواه وفق ما ذكر وتصدر الحكم وفق الشرع والقانون"^(٣٦٣) .

^(٣٦٣) قرار مجلس التمييز العراقي المرقم /٤٣٢ في ١٧/٩/١٩٦١ نقلا عن: د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق،

واتباعا لذلك فقد قررت أيضا محكمة التمييز الاتحادية في العراق انه "ادعى المدعي لدى محكمة الاحوال الشخصية في بغداد الجديدة انه سبق وان اوصى ثلث امواله المنقولة وغير المنقولة المتمثلة في العقار المرقم/٨/٦١٤م/١١ مزرعة حمدي محلة ٢٠٢ ق ٧/د٢ إلى المدعي عليها نورية فليحان عودة علي وهي زوجته واحفاده كل من علي ونور ومحمد اولاد فاضل عواد وهم قاصرين وبما انه يريد بيع العقار لذا طلب دعوى المدعي عليها للمرافعة وحسب قيمومتها على القاصرين والحكم بابطال الوصية قررت المحكمة ادخال المدعون هدية عواد غليم ومدير رعاية القاصرين اضافة لوظيفته شخصا ثالثا في الدعوى إلى جانب المدعي عليها اصدرت محكمة الموضوع بعدد/١٩٨٦/ش/٢٠٠٨ وبتاريخ ٢٠٠٨/٨/٣١ حكما حضوريا يقتضي برد دعوى عواد غليم حداد وتحميله مصاريف هذه الدعوى ، طعن المدعي بالحكم المذكور أعلاه طالبا تدقيقه تمييزا ونقضه بلائحته المؤرخة في ٢٠٠٨/٩/٨ القرار:- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لاحكام الشرع والقانون وذلك لأن المميز / المدعي اقام الدعوى على المدعي عليها نورية فلحان على اعتبارها وصية على القاصرين علي ومحمد ونور اولاد فاضل عواد غليم وتبين انها ليست بخصم وان ادخال مدير رعاية القاصرين اضافة لوظيفته لا يصح والخصومة التي هي من النظام العام لذا قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها و صدر القرار بالاتفاق استنادا لاحكام المادة /٢١٠/٢ من قانون المرافعات المدنية في ١٨/ذي الحجة /١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/١٢/١٥^(٣٦٤).

^(٣٦٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٣٥٤٢/شخصية اولى /٢٠٠٨/ في ٢٠٠٨/١٢/١٥ (قرار غير منشور).

المطلب الثالث

الشروط الواجب توافرها في الموصى به

يقصد بالموصى به هو محل الوصية أي الشيء الوارد عليه الوصية ، ويشترط عادة في الموصى به شروطا اربعة هي : ان يكون مما يجري فيه الارث ، أو يصح ان يكون محلا للتعاقد وقت حياة الموصي ، وان يكون متقوما عند الموصي ان كان مالا ، وان يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي ان كان عينا ، والا يزيد على ثلث التركة (٣٦٥).

وبهذا فانه يشترط في الموصى به ان تتوافر فيه الشروط والتي يمكننا أن نوجزها بالشكل الآتي :-

اولا : ان يكون الموصى به مما يصح التعاقد عليه سواء أكان مالا ام منفعة ، فكل ما يصح تملكه بالعقد سواء أكان بعقد بيع ونحوه ام بعقد الاجارة كمنافع الدار والدواب ونحوها فانه تصح الوصية به ، وعلى ذلك فلا تصح وصية المسلم فيما لا يصح للتعاقد عليه بان كان غير متقوم كالخمر والخنزير والميتة والدم، أو كان غير داخل في ملك احد كالمال المباح فانه لا تصح الوصية به إلا إذا كان المال غير المتقوم في الاسلام متقوما في عقيدة الموصي والموصى له بان كانا نصرانيان ، فالخمر والخنزير مال متقوم عندهم ، وكذلك تصح الوصية في كل ما يورث ، وعلى هذا تصح الوصية بالحقوق المتعلقة بالمال وبحقوق الارتفاق ، ذاك ان الموصى به قد يكون مالا وقد يكون حقا من الحقوق التي في معنى المال ، فان كان مالا يشترط لصحة الوصية به ان يكون متقوما عند الموصي أي في شريعته ، والمتقوم هو المال المحرز بالفعل والذي يحل الانتفاع به شرعا في حالة السعة والاختيار وسمي متقوما لان له قيمة تجب باتلافه (٣٦٦) .

(٣٦٥) ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٨ .

(٣٦٦) ينظر د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣١ .

ثانياً : كما يشترط في الموصى به ان يكون مما ينتقل بالارث من المورث الى الوارث، فان لم يكن كذلك اشترط فيه ان يكون صالحا لان يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي ، فإذا لم يصح ان ينطبق عليه كلا الامرين تكون الوصية حينئذ باطلة ، والتركة التي تنتقل هي الاموال بانواعها كافة سواء كانت منقولة ام غير منقولة ، عقارية مثلية أو قيمية ، سواء كانت في حيازة صاحبها ام كانت في حيازة نائبه عن يده ، كيد المستعير أو المستاجر أو متعدية وهي يد الغاصب السارق ، وسواء كانت حصة مالية شائعة كنصيب في غلة وقف استحقه حال الحياة ولم يقبضه ام كانت حقا ماليا ثابتا في ذمة الغير كالديون التي للشخص على غيره (٣٦٧) .

ثالثاً: اما بالنسبة للشروط الثالث من الشروط الواجب توافرها في الموصى به فهو ، ان يكون الموصى به موجودا عند الوصية (٣٦٨) ، - أي ان يكون في ملك الموصي ان كان معينا بالذات ، وعلى هذا الاساس لو اوصى بالعين المعدوم ، أو اوصى بالمعين الذي لم يدخل في ملكه ثم دخل ومات بعد ذلك ، دون ان ينشئ وصية جديدة فالوصية باطلة ، واشترط وجود الموصى به المعين بالذات عند الوصية هو مذهب الائمة الثلاثة ابي حنيفة والشافعي والامام احمد وظاهر مذهب مالك - اما اشترط كونه مملوكا للموصى عند الوصية فهو صريح مذهب الحنفية والحنابلة على بطلان الوصية بملك الغير وان اجاز المالك أو ملك الموصى به قبل الوفاة (٣٦٩) .

والموصى به عموما قد يكون معينا بالذات ، أو حصة شائعة في معين أو يكون معينا بالنوع أو يكون منفعة أو ما في حكمها وهي الغلة والثمرة ، أو يكون سهما شائعا في جميع المال ، فان كان معينا بالذات بالاشارة أو الاضافة أو بالوصف القاصر اشترط لصحة الوصية به ان يكون موجودا في ملك الموصي عند الوصية كما ذكرنا ، فلو اوصى بدار بين موقعها وذكر حدودها فلا بد ان تكون هذه الدار موجودة وقت صدور الوصية ولا بد أيضا ان تكون مملوكة له في ذلك الوقت ، فلو اوصى بغنمه الموجودة في مزرعته ولم تكن هناك غنم أو كانت موجودة

(٣٦٧) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٥٩ .

(٣٦٨) في هذا الخصوص ذهب الائمة الحنابلة الى عدم اشترط الوجود في الموصى به ، اذ تصح الوصية عندهم بالعدم كثر البستان مدة معينة او دائما ، كذلك لا يشترط فيه ان يكون مقدورا على تسليمه فتصح الوصية بالطير في الهواء والحيوان الشارد ونحو ذلك ، وعلى الموصى له ان يسعى في الحصول عليه ، وللمزيد من التفصيل ينظر : عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٧٧١ .

(٣٦٩) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣١ ؛ و د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٦٠ .

ولكن تعود ملكيتها الى الغير بطلت الوصية ، ويجري هذا الحكم أيضا على الحصاة الشائعة في معين بالذات كأن اوصى بثلث غنمه المملوكة وقت الوصية أو ربع أمواله المودعة في مصرف مثلا ، ولم يكن كل ذلك موجودا أو مملوكا له حين الوصية ، وذلك انه إذا كان الموصى به معين بالذات تعلقت الوصية به بالذات عند اصدار الوصية ولا يمكن ان تتحول الى غيره ، فإذا لم يكن مملوكا عند الوصية وقعت لغوا وكانت باطلة (٣٧٠) .

وإذا كان الموصى به معين بالنوع وهو ما بين نوعه فقط دون تحديد فرد أو أفراد منه كما لو اوصى بغنمه أو ابقاره فان الوصية تتعلق بما يوجد من ذلك النوع عند وفاة الموصى ، وهذا الحكم يسري أيضا على الوصية بحصة شائعة في المعين بالنوع أو بفرد أو عدد شائع فيه كالوصية بنصف غنمه أو بشاة أو بمائة رأس من الغنم ، كما ينطبق الحكم نفسه على الوصية بحصة شائعة في جميع أمواله ، فلو اوصى بثلث ما يملكه من الاموال ولا مال له عند الوصية ، ولكن اكتسب مالا بعدها ومات وهو يملك المال ، يستحق الموصى له ثلث الموجود عند الوفاة ، اما إذا كان الموصى به منفعة ، فإذا اضيفت الى معين بالذات كما لو اوصى بسكنى دار حدودها فهي في حكم الوصية بالمعين بالذات يشترط لصحتها وجود ذلك المعين عند الوصية في ملكه ، وان لم يشترط وجود المنفعة نفسها عند الوصية ولا عند وفاة الموصى ، فلو كانت الدار الموصى بها موجودة في ملك الموصى عند الوصية ولكنها لم تكن صالحة للسكنى ولا لأي وجه من وجوه الانتفاع أو الاستغلال عند الوصية وعند الوفاة لم يمنع ذلك من صحة الوصية ما دام من الممكن الانتفاع بها في المستقبل ، وذلك لان الوصية بالمنفعة تتعلق بالموجود منها عند وفاة الموصى وبما يحدث منها بعد وفاته ، لأنه مما يصح ان يكون محلا لتعاقد الموصى نفسه حال حياته فكانت الوصية به صحيحة وفقا للشرط المذكور سابقا وهو شرط ان يكون موجودا ، كذلك الحكم بالنسبة للغلة والثمرة ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك لأنه لا يشترط لصحة الوصية بهما وجودهما عادة عند الوصية ولا عند الوفاة (٣٧١) .

والملاحظ في هذا المجال انه لم يشترط الفقه الاسلامي ولا القوانين الوضعية عموما ، ان يكون الموصى به معين ، بل تجوز الوصية وان كان الموصى به مجهولا جهالة مطلقة أو يسيره ، والحكمة من ذلك هي التوسعة على الموصين من جهة، ومن جهة اخرى فان جهالة الموصى به مما يمكن ازلتها من جانب الموصى نفسه قبل وفاته أو من قبل ورثته بعد الوفاة، فلو كان الموصى به شائعا غير معين فانه تصح الوصية بالمعدوم منه المحتمل الوجود ، كما لو قال

(٣٧٠) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ود. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٦٠ .

(٣٧١) ينظر: المرجع السابق ، القسم الثاني في احكام الوصية، ص ٢٦١ .

أوصيت بثمر بستاني لفلان بشرط ان يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصي ، وعلى هذا لا تصح إذا لم يكن المعدوم قابلا للتمليك في تلك الحالة ، كما لو قال أوصيت بما تلد اغنامي هذا العام لفلان (٣٧٢) .

وينبغي الإشارة في هذا الخصوص الى موقف القانون العراقي من شروط الموصى به الثلاثة المذكورة آنفا ، إذ يفهم من نص المادة /٦٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على انه " يشترط في الموصى به ان يكون قابلا للتمليك بعد موت الموصي " ويؤخذ منها الشروط الثلاثة ، وهي ان يكون الموصى به مما يجري فيه الارث أو يصح ان يكون محلا للتعاقد وقت حياة الموصي وان يكون متقوما عند الموصي ، وان يكون موجودا ويبقى على ملكه حتى وفاته إذا كان عينا .

وعلى النهج نفسه جاءت الشروط الثلاثة في المادة /٢٢٢ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي نصت على انه " يشترط في الموصى به : ان يكون مما يجري فيه الارث ، أو يصح ان يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي ٢- ان يكون متقوما عند الموصي والموصى له ان كان مالا ٣- ان يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي ان كان معيناً بالذات مع مراعاة الفقرة أ من المادة /٢١٦ " ، وتطابقها المادة /١٠ من قانون الوصية المصري .

كذلك الحال في المادة /٢١٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري التي نصت على انه " يشترط في الموصى به : أ- ان يكون قابلا للتمليك بعد موت الموصي ومتقوما في شريعته ب- ان يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي ان كان معيناً بالذات " .

وفي هذا المضمار "ادعى وكيل المدعيان عند محكمة الاحوال الشخصية في حديثه ان موروث المدعي عليهم والدهم المرحوم عبد الرزاق محمد العبيد كان قد اوصى بموجب حجة الوصية المرقمة ١٩٨٥/٨/٨ صادرة من المحكمة المذكورة بتاريخ ١٩٨٥/٨/٨ ، بأن يكون الفران العائد له والمسجل باسم فرن صمون وحلويات المختار الواقع في مدينة السراي ارضا وبناء ومحتويات مع الحوانيت التابعة له إلى اولاده الأربعة المدعي عليهم في هذه الدعوى، وتكون ملكيته لهم وحدهم دون الغير وقد توفي الوالد الموصي بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٠ وانحصر ارثه بزوجه واولاده وبناته حسب ما جاء بالقسام الشرعي المرقم ١٩٩٧/٥٢ الصادر من المحكمة المذكورة بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٩ ، ثم توفيت زوجته بتاريخ ١٩٩٨/٣/٢٧ وانحصر ارثها باولادها وبناتها منه بموجب القسام الشرعي المرقم ٢٠٠٣/١٥٥ ، الصادر من المحكمة المذكورة بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٠ ، حيث ان المدعيات نوات حق شرعي أصلا في المال الموصى به الذي يتعلق به الوصية والمشار إليه في متنها، ولكون مورث الطرفين قد رجع عن وصيته قبل وفاته فقد طلب وكيل المدعيات دعوة المدعي عليهم للمرافعة والحكم بابطال الوصية، اصدرت المحكمة

(٣٧٢) ينظر : د. احمد الكبيسي، مرجع سابق ، ج٢، ص٣١.

المذكورة بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/٢٠ ويعدد ١٧٦/ش/٢٠٠٤ حكما حضوريا قضى بإبطال حجة الوصية المرقمة ٩٨٥/٨ الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في حديثة واعتبار المدعيات ذوات حق بالمعجل وتأشير ذلك في سجل المحكمة واشعار بلدية حديثة، ومديرية التسجيل العقاري بذلك، ولعدم قناعة المدعي عليهم بالحكم المذكور فقد طعن به وكيلهم تمييزا بموجب لائحته المؤرخة ٢٠٠٤/١٢/٢٦ اعيد الحكم منقوضا بموجب قرار محكمة التمييز المرقم ٣٦٩/ش/٢٠٠٦ والمؤرخة في ٢٠٠٥/٥/٢٨، واتباعا لذلك فقد اصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٩ ويعدد ١٥٦/ش/٢٠٠٤ حكما حضوريا يقضي بابطال حجة الوصية الصادرة عن محكمة الاحوال الشخصية في حديثة بالعدد ١٩٨٥/٨/٨ في ١٩٨٥/٨/٨، والمتضمن وصية مورث المتداعين عبد الرزاق محمد العبيد بان الفرن العائد له والمسجل بأسم فرن صمون وحلويات المختار الواقع في حديقة السراي ارضا وبناء ومحتويات مع الحوانيت التابعة له إلى اولاده الأربعة المدعى عليهم وهم حاتم واركان وعامر وبندر، واعتبار المتداعيان والمتداعيات كل من اخلاص وظاهرة وجليلة وسهام بنات عبد الرزاق محمد العبيد ذوات حق وفقا لاحكام الشرع والقانون بالمعمل المذكور، واشعار المحكمة المختصة بحجة الوصية وكذلك مديرية بلدية حديثة ومديرية التسجيل العقاري في حديثة، لتأشير ذلك في سجلاتهم بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية وتحميل المدعي عليهم المصاريف والرسوم واتعاب محاماة لوكيل المدعيات، طعن وكيل المدعي عليهم بقرار الحكم أعلاه طالبا نقضه بلائحته المؤرخة ٢٠٠٦/٣/٢٦ . القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون ذلك ، لأن محكمة الموضوع اتبعت قرار النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد ٣٦٩/ش/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٤/٢٨ وصاغت اليمين الممنوحة للمدعيات بمحضر جلسة يوم ٢٠٠٥/٩/١٩ ، الا ان المدعي عليهم طالبوا ردها على المدعيات اللاتي أدین اليمين بالصيغة المثبتة بمحضر جلسة يوم ٢٠٠٦/١/١٦ وذلك بجلسة يوم ٢٠٠٦/٣/١٣ ، والمتضمنة ان مورث الطرفين رجع عن وصية للمدعي عليهم / المميزين مما يجعل المدعي عليهم قد خسروا ما توجهت به اليمين، عليه قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميزين رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها وصدر بالاتفاق استنادا لأحكام المادة /٢١٠- ٢ من قانون المرافعات المدنية في ٤/ جمادي الأولى /١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦ /٥/٣١ " (٣٧٣).

رابعا : اما بخصوص الشرط الرابع من الشروط الواجب توفرها في الموصى به فهو : ان لا تزيد الوصية عن الثلث - وهي المشروعة - لان الوصية باكثر من الثلث كما هو معلوم فيه اضرار

(٣٧٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم /١٦٦٢/ شخصية اولى/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٣١ (قرار

بالورثة ، والاضرار بهم غير جائز شرعا وقانونا ، امتثالا لقوله تعالى ﴿بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ (١٢) .^(٣٧٤)

كما ورد عن سعد بن ابي وقاص (رضي الله عنه) قال ((جاء النبي (صلى الله عليه وسلم) يعودني وانا بمكة وهو يكره ان يموت بالارض التي هاجر منها قال يرحم الله ابن عفراء قلت يا رسول الله اوصي بمالي كله ؟ قال لا قلت فالشطر ؟ قال لا قلت الثلث ؟ قال فالثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة تكففون الناس في ايديهم وانك مهما انفقت من نفقة فانها صدقة حتى اللقمة التي ترفعها الى فيه امراتك وعسى الله ان يرفعك فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون))^(٣٧٥) رواه الامام البخاري .

وبناء على ذلك فقد اخذ القانون العراقي بهذا الشرط في المادة /٧٠ من قانون الأحوال الشخصية العراقي ، كما اخذت القوانين المقارنة الآخر بهذا الشرط كالمادة /٢٤٧ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والمادة/٣٧ من قانون الوصية المصري والمادة/٢١٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادتان /١٨٥ و١٨٩ من قانون الأسرة الجزائري^(٣٧٦) .

كما اخذت أحكام القضاء بهذا أيضا اذ قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في هذا الخصوص انه " ادعت المدعية امام محكمة الاحوال الشخصية في الحلة سبق لهذه المحكمة ان اصدرت القسام الشرعي المرقم /١٨٥١ في ٢٩/٥/٢٠٠٥ والمتضمن انحصار ورثة المتوفي محمد حسين موسى بزوجته المدعية واولادها كل من - قاسم ورجاء ويسرى وابتهال واسراء ومروة وصفاء وبشائر - ، لكون مورثها قد اوصى لها بثلاث امواله المنقولة وغير المنقولة بموجب الوصية ٩٣ في ١٧/٩٩٨ ، واعتبار تلك الوصية شاملة وبنفس المقدار لثلث العقار المرقم /٢٧٨/١ م ١٧ تاجية، وذلك بموجب قرار الحكم الصادر من هذه المحكمة بالعدد/٥٨٣/ش/٢٠٠٦ في ٢٠/٦/٢٠٠٦ والمكتسب الدرجة القطعية ، لذا طلبت دعوة المدعي عليه اضافة لتركة مورثه للمرافعة والحكم بتثبيت تلك الوصية وما شملها في قرار هذه المحكمة في القسام الشرعي المرقم ١٨٥١ في ٢٩/٦/٢٠٠٦ وتحميله الرسوم والمصاريف،

^(٣٧٤) سورة النساء اية ١٢ .

^(٣٧٥) صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ص ٥٥٧ (كتاب الوصايا، باب ان يترك ورثته اغنياء خير من ان يكفوا الناس ، رقم الحديث ٢٧٤٢) ؛ وينظر : صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص ٦٨٢ (كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ، رقم الحديث ٤٢٠٩) . واللفظ للإمام البخاري .

^(٣٧٦) تنظر : المادة /٧٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي والمادة /١١٠٨-٢ من القانون المدني العراقي والمادة /٢٤٧ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمادة /٢١٨ من قانون الاحوال الشخصية السوري والمادتان /١٨٥ و١٨٩ من قانون الاسرة الجزائري المذكورة سابقا .

ادخلت المحكمة رجاء محمد حسين كشخصاً ثالثاً للدعوى فأصدرت محكمة الموضوع بتاريخ ٢٩/٧/٢٠٠٧ وبعد ٢١١٨/ش/٢٠٠٧ حكماً حضورياً قضى برد دعوى المدعية ورد دعوى الشخص الثالث وتحميلها الرسوم والمصاريف، طعن وكيل المدعية بالحكم المذكور أعلاه طالباً نقضه للأسباب الواردة بلائحته المؤرخة ٢٠٠٧/٨/١ القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، ذلك لأنه لا يوجد ما يمنع من الناحية الشرعية والقانونية تثبيت مضمون الوصية الثابتة بقرار محكمة الاحوال الشخصية في الحلة العدد ٥٨٣/ش/٢٠٠٦ وبتاريخ ٢٠/٦/٢٠٠٦ في القسام الشرعي الخاص بالمتوفي محمد حسين موسى بحدود ثلث العقار المرقم ١٧/٢٧٨/م١، لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة إلى محكمتها للسير بها وفق ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١١/ذي القعدة/١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/١١/٢١^(٣٧٧).

وينبغي التأكيد في هذا الخصوص على ان هذا الموقف للقوانين ماخوذ اساساً من مذاهب الائمة الحنفية والشافعية والحنابلة والجعفرية والقول الثاني للمالكية ، إذ ذهبوا في ذلك الى ان الوصية باكثر من الثلث للاجنبي - أي غير الوارث - وكان للموصي وارث موقوفة على إجازة الورثة ، فان أجازوها صحت والا بطلت ، اما إذا لم يكن للموصي وارث فقد ذهب الائمة الشافعية والمالكية إلى ان الوصية بالزائد عن الثلث باطلة ، لان اجازتها تتوقف على الورثة وهم معدومون ، بينما ذهب الائمة الحنفية والحنابلة الى انه إذا اوصى بما زاد على الثلث ولم يكن له وارث وليس عليه دين جازت الوصية^(٣٧٨) .

وهكذا يتضح لنا مما سبق ان الوصية تصح في الزيادة على الثلث ويتوقف نفاذها على إجازة الورثة ، والى جانب ذلك فانه يفيد أيضاً ان الموصي إذا اوصى باكثر من الثلث ولم يكن له وارث ، أو كان له ولكن حرم من الميراث لمانع من موانع الميراث تنفذ وصيته في الثلث فقط ويكون الثلثان الباقيان ملكاً للدولة باعتبارها وارثة لمن لا وارث له ، والسلطة المسؤولة عن الخزنة لا تستطيع الاجازة لان الزائد من الثلث يكتسب صفة الاموال العامة - أي من حقوق الله تعالى المحضة - فلا يجوز التنازل فيها ، لان من خصائص الحقوق العامة كما هو معروف انها لا تقبل التنازل ، وبهذا اخذ المقنن العراقي في ذلك بمذهب الائمة المالكية

^(٣٧٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٢٩٠٠/ شخصية اولى /٢٠٠٧/ في ٣١/١١/٢٠٠٧ (قرار غير منشور).

^(٣٧٨) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣٢.

والشافعية في ان الزائد عن الثلث يكون للدولة ولا يستحقه الموصى له (٣٧٩) ، فقد ورد في الاثر انه " إذا اوصى بما زاد على الثلث فان لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث لان ماله ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم فبطلت .. " (٣٨٠) .

وبهذا يكون ما جاء في المادة /٧٠ من قانون الأحوال الشخصية العراقي يتعارض مع نص المادة /٨٨ منه التي نصت على صحة ونفاذ الوصية بجميع المال الموصى له ، حيث نصت على انه " المستحقون للتركة هي الاصناف التالية : ١- ... ٣- الموصى له بجميع المال ... " وهذا بتقديرنا يعد عيبا في القانون من الضروري جداً تعديله ، بما يرفع التناقض ويزيل العيب، ولانصح بتعديل ما ورد في المادة /٧٠ من انه " تعتبر الدولة وارثا لمن لا وارث له " .

هذا ويعتبر الثلث عند الوفاة لا عند إنشاء الوصية ، هذا فيما يتعلق بالوصية لغير الوارث، اما الوصية للوارث، فقد ذهب الراي الاول : والمتمثل بمذهب الحنفية والشافعية -في القول الاظهر- والمالكية - في القول غير المشهور - وظاهر مذهب الامام احمد ، الى ان الوصية للوارث صحيحة وموقوفة على إجازة الورثة ، واعتبروا الآية الكريمة التي استدل بها الراي الاخر - الذي اطلق صحة الوصية لوارث من غير توقف على إجازة الورثة وهو مذهب الجعفرية - منسوخة بقوله تعالى ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ (٣٨١) .

وبهذا الرأي الأول اخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة /٢٤٧ منه التي نصت على انه " ... لا تنتفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الاهلية ... " وكذلك المادة /١٨٩ من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على انه " لا وصية لوارث إلا إذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي " .

(٣٧٩) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٦٤ .

(٣٨٠) ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٤٥٢ .

(٣٨١) سورة النساء اية ٧ . والجدير بالذكر في هذا الصدد انه ورد في صحيح البخاري عن ابن ابي عباس (رضي الله عنه) قال " كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين فنسخ الله من ذلك ما احب فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وجعل للابوين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج الشطر والربع " ينظر : صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ص ٥٥٩ (كتاب الوصايا ، باب لا وصية لوارث ، رقم الحديث ٢٧٤٧) .

اما الراي الثاني : وهو مذهب الجعفرية فذهب الى صحة الوصية للوارث مطلقا من غير توقف على إجازة الورثة ، حيث تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة، استدلالا بالآية الكريمة لقوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (١٨٠) (٣٨٢).

وبهذا الراي الثاني اخذ القانون العراقي ، حيث اجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي الوصية للوارث، وذلك عندما نص في المادة /٧٣ منه على وجوب مراعاة أحكام المواد /من ١١٠٨ الى ١١١٢ من القانون المدني العراقي ، فقد نصت المادة /١١٠٨-٢ على انه " تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة " ، كذلك اخذ بهذا الراي قانون الوصية المصري في المادة /٣٧ منه .

وهكذا جاءت ايضا قرارات القضاء العراقي فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لاحكام الشرع والقانون، ذلك لان محكمة الموضوع اتبعت قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بعدد /٣٠٨/ش/١/٢٠٠٨ بتاريخ ٢٣/٣/٢٠٠٨ واطلعت على استمارة صورة السجل العقاري للعقار موضوع الوصية المرقم /٩٠م٥٥ المقطع، وتم استدعاء الخبراء السبعة وكلفوا بتقديم ملحق لتقاريرهم المقدمة في ٩/٢/٢٠٠٧ فقدموا ثلاثة تقارير بينوا فيها قيمة كل من العقارات الثلاثة التي تشكل التركة بتاريخ الوفاة وهي العقارات ١/٦٤ مقاطعة ٢٤ و ٢/٦٤ مقاطعة ٢٤ و ٩٠/ مقاطعة ٥٥ المقطع، وعرضت التقارير على خبير حسابي الذي قدم تقريرا تلي بالجلسة يوم ١٠/٨/٢٠٠٨ (ولم يؤشر على التقرير تاريخ تلاوته من القاضي المختص) وتبين منه ان قيمة العقار الموصى بتاريخ الوفاة تقل عن ثلث التركة مما يجعل دعوى المدعين فاقدة لسندها الشرعي والقانوني هذا ما قضت به محكمة الموضوع، لذا يكون حكمها المميز قد التزم وجهة النظر القانونية قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميزين رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها وصدر القرار بالاتفاق في ٢٦/ذي الحجة/١٤٢٩ هـ الموافق ٢٣/١٢/٢٠٠٨" (٣٨٣).

(٣٨٢) سورة البقرة اية ١٨٠ .

(٣٨٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقي رقم/٣٦٤٤/شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٢٣/١٢/٢٠٠٨ (قرار غير منشور) .

اما الرأي الثالث ، فقد ذهب الظاهرية والشافعية - في غير الاظهر - والمالكية - في المشهور عندهم - الى عدم جواز الوصية للوارث اصلا سواء اجازها الورثة ام لا (٣٨٤) .

وبهذا الرأي الثالث اخذ قانون الأحوال الشخصية السوري ، إذ نصت المادة /٢١٩-٢ على انه " إذا زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الارثية جرى على الزيادة حكم الوصية للوارث بطلان الوصية وال عنها " (٣٨٥) .

(٣٨٤) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣٣ .

(٣٨٥) تنظر : المادة /٢١٩ من قانون الاحوال الشخصية السوري .

المطلب الرابع

الشروط الواجب توافرها في الوصية ذاتها

وتشتمل على الشروط الواجب توافرها في صيغة الوصية ذاتها ، ويقصد بصيغة الوصية ما ينشئ به الموصي وصيته من لفظ أو كتابة أو اشارة مفهومة ، اما القبول فلا يتناول اسم الصيغة في اصطلاح الفقهاء ، لان الصيغة هي مصدر العقد وصورته في الخارج وذلك يكون بايجاب الموصي فقط ، وقد اشترط الفقهاء في الصيغة ان تكون بالعبارة أو بالكتابة عند القدرة عليها ، فالناطق الكاتب ان شاء اوصى بعبارته وان شاء بكتابته ولا تقبل منه الاشارة ، والناطق غير الكاتب ينشئ وصية بعبارته والكاتب غير الناطق ينشئ وصيته بكتابته فقط ولا يقبل منهما الايجاب بالاشارة إلا إذا لم يكن يحسن الكتابة ، ولا يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول ولا توافقهما لأنه لا يترتب على تفريق الصفة في التبرعات ضرر^(٣٨٦).

ومن الشروط المتعلقة بالوصية ذاتها ، ان الوصية تصح من كتابي لمسلم ومن مسلم لكتابي ما لم يكن حربيا كما ذكرنا انفا ، امثالاً لقوله تعالى ﴿ لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقِنُواكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكم مِّن دِينِكُمْ أَن يَبْرُوهُم وُقُيَظُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾^(٨) إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكم مِّن دِينِكُمْ وظَهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوهُم وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٩﴾^(٣٨٧) .

اما بخصوص شكل الوصية فقد تبين من تعريف الوصية لدى الفقهاء المسلمين بانها عقد وهذا العقد رضائي يتم بركن واحد هو الايجاب والقبول بين الموصي والموصى له دون ان يتسم بأي طابع شكلي فهي تتم إذن بالقول وبالكتابة والثاني بالطبع افضل^(٣٨٨) .

اما في القوانين عموماً فإنه لا يعتبر الالتزام الحاصل بالإرادة المنفردة عقداً وإنما هو تصرف قانوني ، وسواء كانت الوصية تصرف أم عقد فلا بد لوجودها من صيغة تظهر ارادة الموصي وتبين مقصده، والصيغة قد تكون لفظاً يتكلم به العاقد وقد تكون كتابة أو اشارة واللفظ هو الاصل في التعبير عن الإرادة باعتباره وسيلة طبيعية للتفاهم بين الناس ، اما الكتابة فهي وسيلة ثانية للتعبير عن الإرادة الباطنة إذا كانت بيينة واضحة دالة على المقصد ، وتجوز الوصية بالاشارة المفهومة أيضاً إذا كان الموصي عاجزاً عن اللفظ والكتابة، ولكن عند المالكية

^(٣٨٦) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ص ١٧ .

^(٣٨٧) سورة الممتحنة اية ٨-٩ .

^(٣٨٨) ينظر : د. مصطفى الرافي ، مرجع سابق ، ص ١٩٢ .

تجوز الوصية بالاشارة الصحيحة الواضحة المعبرة عن الارادة حتى ممن يقدر على النطق والكتابة لان الاشارة اداة من ادوات التعبير (٣٨٩) .

وقد اخذ فعلا القانون المدني العراقي بهذا الراي في المادة /٧٩ منه التي ساوت بين اللفظ والكتابة والاشارة فنصت على انه " كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالكتابة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس " .

الا ان قانون الأحوال الشخصية العراقي قيد الوصية بشرط لاثباتها وليس لانعقاد الوصية أو لصحة التصرف القانوني بانشاء الوصية ، وذلك وفقا لأحكام المادة/٦٥ من قانون الأحوال الشخصية (٣٩٠).

كذلك اخذت به المادة /٢١٤ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي نصت على " انه تتعدد الوصية بالعبارة أو الكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت باشارته المفهومة ... " وتطابقها المادة/٢ من قانون الوصية المصري وتطابقها في هذا الشرط فقط المادة /٢٠٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه "لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون، وذلك لان الموصي يحق له الرجوع عن وصيته أو تعديلها قبل وفاته، ولكن هذا الرجوع يفترض ان يكون بوصية مكتوبة تعادل في قوتها الوصية الأولى التي اراد الرجوع عنها، ولما كان الثابت ان وصية الموصي (ك) مصدقة من قبل قاضي محكمة الاحوال الشخصية في البياع بالعدد /٥٥ في ١٩٩٣/١/٢٧ وان اخر وصية له كانت في ١٠/١٠/٢٠٠٦ صادرة من جهة اجنبية خارج العراق أي من (اوتاوا - كندا) وان أي حكم قضائي أو حجة قابلة للتنفيذ في داخل العراق لا تنفذ الا إذا صدر حكم بتأييد صحتها من محكمة عراقية، وعلى هذا الاساس لا يمكن ان تبطل حجة الوصية المصدقة من محكمة الاحوال الشخصية الا بموجب حكم صادر من المحكمة ذاتها، وإذا كان الأمر يتعلق بحجة صادرة خارج العراق من جهة معتمدة لدى الدولة الاجنبية الصادرة، فيها فلا تبطل تلك الحجة الصادرة بالخارج الحجة الصادرة من محكمة عراقية الا بعد اقامة الدعوى باثبات صحة الحجة الصادرة بالخارج،

(٣٨٩) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٣٢ .

(٣٩٠) تنظر: المادة/٦٥ من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

وفي حالة حصول حكم بذلك ففي هذه الحالة تقام الدعوى بالاستناد إليه لإبطال الحجة الصادرة بالخارج وفي حالة حصول حكم بذلك ففي هذه الحالة تقام الدعوى بالاستناد إليه لإبطال الحجة الصادرة من المحكمة العراقية، ولهذا كان المتعين على المحكمة اعطاء المدعية مهلة معقولة لإقامة الدعوى خلالها لإثبات صحة حجة الوصاية الصادرة من أوتواو - كندا واعتبار هذه الدعوى مستأخرة للسبب المذكور، فإذا استحصلت المدعية على الحكم المطلوب تستأنف السير بالدعوى، وفي حالة انتهاء المدة المعطاة دون إقامة الدعوى تبطل عريضة الدعوى، وبإمكان المدعية إقامة الدعوى مجددا متى ما استحصلت على حكم بصحة الحجة التي تعتمد عليها ، لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم وعلى ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاكثريّة في ١٦/جمادي الأولى / ١٤٢٩ هـ الموافق ليوم ٢١/٥/٢٠٠٨^(٣٩١).

على ان رأي أكثر الفقهاء المسلمين^(٣٩٢)، هو ان الايجاب وحده ركن الوصية وان القبول ليس ركنا ، وانما هو شرط للزوم الوصية أو لثبوت الملكية للموصى له في الشيء الموصى به ،

(٣٩١) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٢١١/ هيئة موسعة مدنية /٢٠٠٧/ في ٢١/٥/٢٠٠٨ (قرار غير منشور).

(٣٩٢) الجدير بالتنويه ان الائمة الاحناف يقرون ان للوصية ركنا واحدا هو الصيغة فقط ، في حين ذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الى اعتبار كل ما يتوقف عليه وجود التصرف ركنا من اركانه سواء كان داخلا في حقيقته ام كان خارجا عنها ، وعلى هذا الاساس فان اركان الوصية عندهم اربعة : صيغة الوصية والموصى والموصى له والموصى به ، غير ان الحنفية ومن وافقهم اختلفوا في تحديد هذا الركن الواحد هل هو الايجاب فقط ام الايجاب والقبول ، فذهب ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف انه الايجاب والقبول ، وقال زفر هو الايجاب ، وللمزيد من التفصيل ينظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص ٣٣١ ؛ وعبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٧٦٨ . ويتفق الشيعة الامامية مع راي ابو حنيفة وصاحبيه في اعتبار القبول من الركن كالايجاب في حين ذهب المالكية والشافعية في احدى الروايات عنه وبعض الحنابلة وبعض الاباضية الى ان الوصية لا يتم انعقادها لا بالايجاب من جانب الموصى والقبول من جانب الموصى له ، وجملة الكلام ان في اعتبار القبول ركنا او شرطا او عدم اعتباره اصلا ثلاث اراء : الرأي الاول : ان الوصية تتم بالايجاب وحده ولا تحتاج الى القبول من جانب الموصى له مطلقا لا على اساس الركن ولا على اساس الشرط بل مجرد وفاة الموصى تنتقل ملكية الموصى به الى الموصى له ، والى هذا ذهب زفر من الحنفية في رواية عنه والشافعية في احد قوليه وبعض المالكية والحنابلة وبعض الاباضية من الخوراج ، والرأي الثاني : ان الوصية لا يتم انعقادها الا بالايجاب من جانب الموصى والقبول من جانب الموصى له ، فركنها هو الايجاب والقبول ويكون ثبوتها من ذلك الوقت لا من وقت وفاة الموصى ما لم يحدد الموصى وقتا ياتي بعد القبول ، واذا كان الموصى له جنينا او قاصرا او محجورا عليه يكون قبول الوصية او ردها ممن له الولاية على ماله ويكون القبول في الوصية على الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا ، فاذا لم يكن من يمثلها لزم الوصية

ومن هنا فان سؤالا يطرح نفسه على بساط البحث مفاده هو متى يثبت ملك الموصى به للموصى له ؟ هل من وقت الوفاة ام من وقت القبول ؟ .

وللاجابة عن هذا التساؤل ينبغي ان نؤكد على انه إذا كان الموصى له لم يوجد بعد وفاة الموصى ، كان اوصى لاول من يولد حيا لابنه فلان بكذا ومات وهو مصر على هذه الوصية ولم يكن ابنه هذا قد ولد بعد ، فان ملكية الموصى به تثبت للموصى له من وقت ولادته ، اما قبل ذلك فهي للورثة ، اما إذا كان الموصى له موجودا وقد حدد الموصى وقتا بعد وفاته لتملك الشيء الموصى به ، فان الملكية تثبت من التاريخ الذي حدده اتفاقا سواء قبل أو بعد الوفاة ام في الوقت الذي حدده الموصى ، اما إذا كان الموصى له موجودا ولم يحدد الموصى وقتا لتملك الموصى به ولم يصدر من الموصى له عند الوفاة ما يدل على القبول ، فان هناك خلاف لفقهاء المسلمين بالنسبة لتحديد الوقت الذي تبدأ منه الملكية ، فعند الحنابلة ومن وافقهم، ان الملكية تثبت من وقت القبول لأنه من تمام سبب الملكية أي شرط لتحقيق السبب وهو الايجاب ، في حين ذهب الحنفية والراي الصحيح عند الشافعية والقول المشهور لدى المالكية، ان الملكية تثبت بالقبول مستندة الى وقت وفاة الموصى ، فالقبول شرط للزوم الوصية وليس بجزء متمم لها أو هو شرط لثبوت الملك ، فهو ليس بشرط لصحة الوصية ، وسبب التملك هو الايجاب المضاف الى ما بعد الموت والموصى له قد قبل ملكا مضافا الى ما بعد الموت والملكية في الفترة الواقعة بين الوفاة والقبول متوقفة ، إذ تحتل الثبوت للورثة أو للموصى له^(٣٩٣).

وهذا ما اخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة /٢٣٠ منه والتي نصت على انه " تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية وردها ممن له الولاية على ماله ويكون له ردها بعد اذن المحكمة ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا ، فان لم يكن من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على قبول" كما نصت المادة/٢٣١ منه على انه " إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك " وتطابقهما المادتان

بدون قبول رعاية للمصلحة العامة ، وقد ذهب الى هذا الراي بعض المالكية والشافعي في احدى الروايات عنه وبعض الحنابلة ، اما الراي الثالث : فان ركن الوصية هو الايجاب وحده فهي تتم بمجرد صدوره الا انها لا تلزم الا بالقبول ، فالقبول وان لم يكن ركنا الا انه شرط لزوم او شرط نفاذ ، وذهب الى هذا الراي جمهور فقهاء المسلمين وهو الراي الاوجه والأصح بتقديرنا وانه هو الذي تستقيم به احكام الوصية ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في أحكام الوصية، ص٢٣٦.

(٣٩٣) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في أحكام الوصية، ص٢٣٨.

/٢٠ و ٢١ من قانون الوصية المصري ، كذلك اخذت به المادة /١٩٧ من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على انه " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي " .

في حين نصت المادة /٢٢٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري على انه " الوصية لغير معين لا تحتاج الى قبول ولا تترد برد احد " بينما سكت المقتن العراقي عن بيان ركن الوصية لان قانون الأحوال الشخصية يحيل كثيرا من القضايا الى الأحكام الشرعية .

وتظهر بوضوح ثمرة الخلاف في حكم زوائد الموصى به ونماءه الذي يحدث في الفترة الواقعة بين الوفاة والقبول ، فهل يكون ذلك ملكا لورثة الموصى أو يكون للموصى له ؟.. وللإجابة عن هذا التساؤل ينبغي ان نبين أولا انه في حالة الوصية لغير الموجود عند وفاة الموصي ، وحالة الوصية التي اضافها الموصى الى وقت معين بعد الوفاة فان ملكية الموصى به ثابتة للورثة بالاتفاق حتى يوجد الموصى له أو حتى يأتي الذي حدده الموصي ويتبع ذلك ان الزوائد والثمار الحادثين في هذه الفترة يكونان ملكا للورثة لأنه زوائد ، اما في حالة وجود الموصى له وعدم تحديد موعد تبدأ منه الوصية وقبول الموصى له عقب الوفاة مباشرة فلا وجود هناك لهذا التساؤل لاتحاد وقت الوفاة ووقت القبول، اما إذا تاخر القبول فالمسألة هنا خلافية مترتبة على الخلاف السابق ، فعند الحنفية والشافعية وفي المشهور عند المالكية الزوائد والنماء ملك الموصى له مستندا الى وقت الوفاة (٣٩٤) .

وهذا ما نص عليه فعلاً قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة /٢٣٥ منه إذ نصت على انه " أ- إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ب- تكون للموصى له زوائد الموصى به من حيث الاستحقاق الى القبول إذا كان القبول متاخرا عن بدء الاستحقاق ولا تعتبر وصية وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة " وتطابقها المادة /٢٥ من قانون الوصية المصري ، والمادة /٢٣٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري .

(٣٩٤) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي و د. احمد علي الخطيب ، مرجع سابق ، القسم الثاني في احكام الوصية ، ص ٢٣٩ .

المبحث الثالث

طرق اثبات الوصية للجنين

اتفقت كلمة فقهاء المسلمين عموماً منذ صدر الإسلام إلى يومنا هذا على أن الوصية في حدود ثلث التركة مشروعة بل مستحبة ومندوب إلى فعلها إذا ما توافرت شروطها وأركانها ، فيمكن عندئذ اثباتها بجميع وسائل الإثبات الشرعية .

أما في القانون العراقي فقد جعل المقتن العراقي البيئة الثبوتية للوصية هي الأدلة الكتابية تفادياً لكثير من المشاكل التي قد تحدث بين ذوي العلاقة في أمر التركة ، من حيث وجود الوصية وعدم وجودها ، فذكرت المادة /٦٥ من قانون الأحوال الشخصية العراقي ، الشروط القانونية للوصية ، فنصت على أنه " ١- لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الوصي أو مبصوم بخته أو طبعة ابهامه فإذا كان الموصى به عقاراً أو مالا منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه عن الكاتب العدل ٢- يجوز اثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي " .

وهذه المادة بالطبع مقيدة بتقديرنا بأحكام المادة /٤٢ من قانون الإثبات العراقي التي نصت على أنه " أولاً - لا يعتد بتوقيع السند ببصمة الإبهام إلا إذا تم بحضور موظف عام مختص أو بحضور شاهدين ... ثانياً - لا يعتد بالسندات التي تذييل بالختام الشخصية " ومن هنا جاز اثباتها بالبيئة الشخصية والتحريرية ولا تحتاج إلى تصديق.

ولهذا ينبغي التأكيد في هذا الخصوص على أن الدليل الكتابي هنا ليس شرطاً للانعقاد أو لصحة التصرف القانوني بإنشاء الوصية ، وإنما هو لإثبات الوصية والدليل على ذلك هو ما ورد في المادة /٦٥-٢ من قانون الأحوال الشخصية العراقي الوارد ذكرها إنفاً التي أجازت إثبات الوصية بالشهادة في حالة وجود مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، فالدليل الكتابي هنا هو بيئة ثبوتية الانعقاد، فإذا أقر الورثة أن هناك وصية أخذ باعترافهم ، أما في حالة وجود موانع مادية تحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، كمن فاجأته نوبة المرض في مكان ليس فيه من يكتب ، وحضرته الوفاة وأراد أن يوصي كان لا بد لثبوت الوصية من البيئة الشخصية كما وضحتها الفقرة الثانية من المادة المذكورة.

كما نصت المادة /٢١٤ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على انه " تتعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت بإشارته المفهومة ولا تسمع عند الإنكار في الحوادث الواقعة من تاريخ العمل بهذا القانون دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو عرفية مكتوبة بخطه عليها ختمه أو امضاؤه أو بصمته تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها ويجوز في حالة الضرورة اثبات الوصية اللفظية بشهادة شاهدين عدلين حضراها " وتطابقها المادة/٢ من قانون الوصية المصري .

في حين نصت المادة /١٩١ من قانون الأسرة الجزائري على انه " تثبت الوصية ١- بتصريح الموصي امام الموثق وتحرير عقد بذلك ٢- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش اصل الملكية".

وتطبيقا لذلك فقد جاء في قرار للهيئة الشخصية الأولى لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق انه " ادعى وكيل المدعون لدى محكمة الاحوال الشخصية في الدجيل بأنه سبق لمورث موكله المرحوم عاطف احمد حسين قد اوصى بوصية لورثته، وحيث ان المدعي عليهم عارضوا موكله من تنفيذ الوصية وتصديقها وتحميلهم الرسوم والمصاريف، اصدرت المحكمة المدعوة بعدد ١٤٤/ش/٢٠٠٨/١٤٤ بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٣ حكما حضوريا يقضي برد دعوى المدعين وتحميلهم الرسوم والمصاريف والاعتاب، ولعدم قناعة وكيل المميزون بالحكم طعن به تمييزا بلائحته المؤرخة ٢٠٠٨/٩/٩ طالبين نقضه القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون، ذلك لان المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها الاصولية في الدعوى وصولا إلى الحكم العادل والصحيح فيها، إذ ان المحكمة لم تلاحظ انه لا يترتب على مخالفة حكم الفقرة (١) من المادة/٦٥ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي تقول لا تعتبر الوصية الا بدليل كتابي موقع من الوصي أو مبصوم بختمه أو طبعة ابهامه، فإذا كان الموصي به عقاراً أو مالا منقولاً تزيد قيمته على خمسمئة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل وبطلان الوصية إذا لم ينشأ بدليل كتابي أو تصديق لدى كاتب العدل، لان الدليل الكتابي أو التصديق لدى كاتب العدل الوارد في الفقرة (١) من المادة المذكورة ليس شرطا في انعقاد أو لصحة التصرف القانوني بإنشاء الوصية، وانما هو لاثبات الوصية والدليل على ذلك ما ورد في (٢) من نفس المادة التي اجازت اثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وهذا ما استقر عليه قضاء الهيئة في محكمة التمييز بقرارها المرقم /٢٥٦/الهيئة العامة/٢٠٠٨ والمؤرخ في ٢٠٠٩/٢/١٠، لذا قرر نقض الحكم

المميز واعادة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة
وصدر القرار بالاتفاق في ١٨/ربيع الأول/١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩/٣/١٥^(٣٩٥).

وهكذا فقد جرى القضاء في العراق على عدم اعتبار الوصية ثابتة إلا بدليل كتابي ، فان
تعذر الاثبات بالدليل الكتابي امكن حينئذ اثبات الوصية بالبينة وهي شهادة رجلين او رجل
وامراتين ، وتعذر الاثبات بالدليل الكتابي منوط تقديره باجتهاد القاضي ونظره في كل قضية على
حدة ، فما يكون عذرا في قضيته قد لا يكون كذلك في اخرى ، وهذا يتم بناء على تاكد
المحكمة من محل وفاة الموصي وعدمها أو طبيعة الوفاة التي توفاهها من وفاة الفجأة أو نحوها،
الى غير ذلك من الاعذار التي تبرر الانتقال من الاثبات بالدليل الكتابي الى الاثبات بالبينة
الشخصية (٣٩٦) .

وبهذا فقد ارسى القضاء العراقي بعض القواعد في هذا المجال كما جاء ذلك في قرار
لمحكمة تمييز العراق ، إذ نصت على انه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان المدعية تدعى في
دعواها المقامة بتاريخ ١٥/٣/١٩٦٢ ان اختها اوصت امام بعض الورثة شفها بان يوزع ثلث ما
تملكه من اموال منقولة وغير منقولة على روحها كصدقات بعد وفاتها، لذا تطلب الحكم بصحة
هذه الوصية وان المدعى عليه انكر دعوى المدعية وطلب رد دعواها ، فاصدرت المحكمة الحكم
بصحة الوصية الصادرة من المتوفاة بثلث اموالها المنقولة وغير المنقولة تصرف بالخيرات على
روحها ومنع معارضة المدعي عليه في ذلك بحجة ثبوت صدور الوصية من الوصية بالبينة
الشخصية، كما ان المحكمة اخذت بالبينة الشخصية لان الوصية ليست تمليلية من جهة ، كما
ان العذر الشرعي الذي حال دون تثبيتها كتابه هو مرض المتوفاة وسفرها الى لندن لغرض
المعالجة ووفاتها بعد ذلك، وان الفقرة الثانية من المادة /٦٥ من قانون الأحوال الشخصية قد
جوزت سماع البينة الشخصية لاثبات الوصية بهذا الخصوص دون ان تلاحظ المحكمة ما ياتي
: اولا - ان الوصية موضوعة البحث في هذه الدعوى هي وصية تمليلية لمن يصرف عليهم من
الفقراء ولا فرق بين ان تكون الوصية لاشخاص معينين أو غيرهم مما يستلزم تطبيق المادة /٦٥
من قانون الأحوال الشخصية في كيفية اثباتها . ثانيا- ان الفقرة الثانية من المادة /٦٥ من
القانون المذكور تنص على انه -يجوز اثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون
الحصول على دليل كتابي- ومقتضى ذلك ان يكون هناك مانع مادي وانه يحول دون الحصول
على دليل كتابي ، وحيث ان المتوفاة مدرسة تسكن الاعظمية وفيها محكمة شرعية وكاتب عدل
وان مرضها لم يكن مفاجئا ، لذا ليس هناك مانع مادي يحول دون تسجيل الوصية موضوعة

(٣٩٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم/٣٤٩/الهيئة الشخصية الاولى /٢٠٠٩ في ١٥/٣/٢٠٠٩
(قرار غير منشور).

(٣٩٦) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ١٨.

البحث في هذه الدعوى لدى المرجع المختص ، ومن ثم لا يسوغ استماع البيئة الشخصية لاثباتها ، ثالثاً - ان المحكمة اصدرت الحكم مستندة الى بيئة المدعية الشخصية المتكونة من ثلاث نساء استمعت كل واحدة منهن على انفراد ، في حين ان نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان تسمع شهادتهما مجتمعتين وعليه ولمخالفة الحكم المميز للشرع والقانون قرر نقضه ... " (٣٩٧) .

وبهذا يتبين لنا ان حكم المادة /٦٥ من قانون الأحوال الشخصية الخاصة باثبات الوصية، لا يصار فيها الى البيئة الشخصية إلا بعد وجود مانع مادي يحول دون الاثبات بالدليل الكتابي ، فان تعذر على المدعي اثبات الوصية وفق المادة /٦٥ كان له حق تحليف المدعي عليه وباقي الورثة يمين عدم العلم فان حلفوا على عدم العلم ردت الدعوى ، ولا ترد الدعوى قبل ذلك وعلى هذا استقر القضاء العراقي (٣٩٨).

كما جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق أيضا انه " في الدعوى المقامة من المدعية لدى محكمة شرعية النجف بان المتوفي السيد (هـ) مورث المدعي عليها وقد نصبها وصية عنه لاجراء ثلث ما يملكه وان المدعي عليه يعارضها في تنفيذ الوصية، فطلبت الحكم بصحة وصايتها ومنع معارضته المدعي عليه من ذلك وتحمله المصاريف ، وبعد ان حصرت المدعية ادعائها بطلب اخراج الثلث من الملك العائد للمتوفى تسلسل ٦٣/١ محلة البراق وطلبها وضع الحجز الاحتياطي على بدل مبيع الملك المذكور الموجود لدى رئاسة تنفيذ النجف، ووضعت المحكمة الحجز الاحتياطي واطلعت على الورقة المبرزة المتضمنة الوصية المدعى بها وان المتوفي كانت وفاته في ١٩٦٠/٦/٢١ ووجدت المحكمة ان عدم الاشهاد على الورقة المذكورة ينفي صفتها الشرعية، لان الوصاية العهدية لا تثبت شرعا إلا بشهادة شاهدين عدلين وان الثلث المطلوب بهذه الدعوى يزيد على الخمسمائة دينار، وانها لم تصدق لدى كاتب العدل بموجب المادة /٦٥ من قانون الأحوال الشخصية، لذا اصدرت حكما وجاهيا بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢١ وبعده اضبارة ١٩٦٢/٤٥٦ برد دعوى المدعية ورفع الحجز الاحتياطي الواقع وتحملها المصاريف وقررت محكمة تمييز العراق القرار الاتي القرار:- لدى التدقيق والمداولة وجد ان المحكمة اصدرت الحكم برد دعوى المدعية بالنظر لعجزها عن اثبات دعواها بموجب المادة /٦٥ من قانون الأحوال الشخصية دون ان تفهم ان المدعية لها حق تحليف المدعي عليه وباقي الورثة

(٣٩٧) قرار محكمة تمييز العراق رقم /١٣٥ في ١٩٦٤/٦/١٠ نقلا عن : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ،

ج ٢ ، ص ١٩ .

(٣٩٨) ينظر : المرجع السابق، ص ٢١ .

اليمن على عدم العلم فذهولها عن ذلك واصدار الحكم المميز كان غير صحيح لذا قرر نقض الحكم..^(٣٩٩) .

وهكذا جرى القضاء العراقي على انه إذا امتنع الموصي له عن تقديم ورقة الوصية الاصلية عند حصول النزاع عليها ، فإنه يعد متنازلاً عنها في الاثبات عملاً بأحكام المادة/٨٩ من قانون المرافعات العراقي ، ويمنح حق تحليف ورثة المتوفي اليمن الحاسمة عملاً بأحكام المادة/١١٨ من قانون الاثبات العراقي^(٤٠٠) .

وتطبيقاً لذلك فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية في العراق انه "ادعى المدعي لدى محكمة الاحوال الشخصية في الهندية سبق لمورثها ومورث-المدعي عليهم المتوفي- الشيخ محسن مهدي الشيخ محمد وان حرر الوصية المؤرخة في ٢٠٠٢/١/١٨ والتي اوصى بها بما يملك وجعله وصياً بعد وفاته، ولكون قسم من الورثة يعارض في تطبيق الوصية طلبت دعوتهم لحضور المرافعة وعنها الحكم بتصديق الوصية ، اصدرت محكمة الموضوع بالعدد /٨٧٦/ش/٢٠٠٧ وبتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٦ حكماً حضورياً قضى ببرد دعوى المدعي وتحمله الرسوم والمصاريف ، طعن بقرار الحكم أعلاه تمييزاً بلائحته المؤرخة ٢٠٠٨/٣/١٨ القرار:- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية وقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون، ذلك لان المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها الاصولية في الدعوى وصولاً إلى الحكم العادل والصحيح فيها، وذلك لان المميز/ المدعي في عريضة دعواه ادعى ان قسماً من المميز عليهم/ المدعي عليهم يعارضونه في تنفيذ الوصية موضوع الدعوى، لذلك فان من حقه المطالبة بالحكم بصحة الوصية ومنع معارضة المميز عليهم / المدعي عليهم له بتنفيذها، فكان المقتضى من المحكمة تكليف وكيل المميز / المدعي في اثبات ادعاء موكله، وفي حالة امتناعه عن تقديم ورقة الوصية الاصلية يعتبر انه متنازل عنها في الاثبات عملاً بحكم المادة/٨٩ من قانون المرافعات المدنية، وفي حالة عجزه عن الاثبات منحه حق توجيه اليمن الحاسمة إلى المميز عليهم / المدعي عليهم عملاً بحكم المادة/١١٨ من قانون الاثبات مع مراعاة ان المميز عليه/ المدعي عليه الأول قد اقر بعريضة المميز / المدعي لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى إلى

^(٣٩٩) قرار محكمة تمييز العراق رقم/٣٨٣ في ١٩٤٦/٦/٢٤ نقلاً عن: د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢١ .

^(٤٠٠) تنظر : المادة/٨٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والمادة/١١٨ من قانون الاثبات العراقي .

محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في
٣/محرم/١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٨/١٢/٣١" (٤٠١).

(٤٠١) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم/١٤٠٢/شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/٣١ (قرار
غير منشور).

الفصل الخامس

حق الجنين في الوقف

يعد الوقف أساسا قربه من القربات وعبادة من العبادات المشروعة في الاسلام ، إذ تدل على صدق إيمان الواقف ورغبته في الخير وحرصه على مصالح المسلمين وحبه لهم ولأجيالهم المتعاقبة ، فعملية الوقف اذن تؤدي خدمات جليلة للمجتمع وينهض به نحو أسمی درجات التكافل .

لذا أقرت الشريعة الإسلامية للجنين حق الوقف ، فيمكن ان يوقف له ويحق له بعد ولادته حيا ان ينتفع بالعين الموقوفة وريعتها وتملكها بالقبض ، فيستفاد من ريع حقل معين أو بستان محدد أو دكاكين ونحوهما .

وحق الوقف للجنين يعد كمثيالاته من الحقوق الاخر التي يتميز بها ويستأثر عليها كحقه في الحياة بمنع الجناية عليه وحقه بالميراث والنسب والوصية ، التي لا تحتاج في نشأتها إلى قبول ، بل تنشأ عادة بعد زواج والديه أي بالقربة وصلة الدم ، فأوجب الشريعة السماح له حياة تقديرية وشخصية غير متكاملة وأهلية وجوب ناقصة ، فله صلاحية اكتساب بعض الحقوق التي لا تحتاج في نشأتها إلى قبول ، لما فيها من النفع المحض له كحقه في الوقف والاستفادة من غلته ومن ثمرة المال الموقوف، ثم إن الوقف عبارة عن نوع من الاستخلاف أيضا ، فيكون الموقوف له خليفة للواقف في بعض المال الموقوف ، وكما ان الجنين أهلا للخلافة في الميراث والوصية ، فهو أيضا أهل بجواز الوقف له بشروط محددة والاستفادة من غلة الوقف ، لان الوقف توأم الميراث والوصية، فلا يكون مالكا حقيقيا لها إلا بعد ان يولد حيا.

فرحمة الله تعالى الواسعة وحكمته العظيمة شاعت ان لا تحرمه من هذا الحق ومن الحقوق الاخر التي تعود عليه بنفع ظاهر ولا تحتاج في نشأتها إلى قبول منه ، وجنبه كل ما يضر مصلحته وهي الحقوق التي تحتاج إلى قبول ، فلم يثبتها عليه لأنه لا عبارة له وليس له ولي يقبل عنه^(٤٠٢).

(٤٠٢) في هذا الخصوص تجدر الاشارة الى ان الولاية لا تثبت في الفقه الاسلامي عموما الا بعد الولادة ، ولكن الفقهاء اجازوا تعيين امين لحفظ ما يوقف للجنين من استحقاق في الارث والوصية والوقف انتظارا لحين الولادة ، الا ان هذا الامين ليس في حكم الوصي فلا يستطيع مباشرة التصرف عنه ، وللمزيد من التفصيل

ولتوضيح ذلك مفصلا فانه ينبغي ان نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث على التفصيل
الآتي :-

المبحث الأول :- ماهية حق الوقف

المبحث الثاني :- شروط الوقف للجنين

المبحث الثالث :- طرق إثبات الوقف للجنين

المبحث الأول ماهية حق الوقف

مما لا شك فيه ان المقصود بالوقف لغة، الحبس والمنع وجمعه وقوف ، فيقال وَقَفْتُ كَذَا
أَي حَبَسْتُ وَوَقَفَ الدَّارَ حَبَسَهَا وَسَلَبَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى (٤٠٣) .

والوقف في لغة العرب مصدر وَقَفَ وهو يدل على الكثير من المعاني منها الحبس
والمنع، والقول ان هذا العقار وقف يعني موقوف ، ومن هنا جمع على أوقاف ووقوف ، والوقف
نظام قديم عرفته نظم وشرائع سابقة على الاسلام ، وجاءت بعض أحكامه مجملة في شرع من
قبلنا ، وجاء الاسلام فأقر أصله واعترف بوجوده ونظمه بطريقة تكفل توافقه مع قواعد الميراث
ومقاصد الشريعة (٤٠٤) .

في حين ان المقصود بالوقف في الاصطلاح الشرعي هو "حبس مال يمكن الانتفاع به
مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود" (٤٠٥) أي "حبس مال يمكن
الانتفاع به مع بقاء عينه تقريبا إلى الله تعالى" (٤٠٦) .

اما المقصود بالوقف في الاصطلاح القانوني فهو حبس العين عن تملكها لأحد من
الناس والتصدق بمنفعتها على جهة بر لا تنقطع سواء أكان ذلك ابتداء أم انتهاء فقط (٤٠٧) .
كما عرفته المادة / ٢١٣ من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على انه " الوقف حبس
المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق " .

فالوقف قرية من القربات وعبادة من العبادات مشروعيتها ثابتة في كتاب الله القرآن الكريم
والسنة النبوية الشريفة والإجماع (٤٠٨) ، وهو يدل على صدق إيمان الواقف ورغبته في الخير
وحرصه على مصالح المسلمين وحبه لهم ولأجيالهم المتعاقبة ومنافعهم المتلاحقة ، ولا يتحقق

(٤٠٣) ينظر: فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص ٩٣٥ .

(٤٠٤) ينظر : د. محمد احمد درنيقة ، الموجز في الحضارة الاسلامية ، ط ١ ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب،
طرابلس ، ٢٠١٠ ، ص ٨٨ .

(٤٠٥) د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا و علي الشرجي ، مرجع سابق، ص ٢١٣ .

(٤٠٦) احمد عيسى عاشور، الفقه الميسر في العبادات والمعاملات ، ج ٢ ، ط ١ ، دار الخير للطباعة والنشر
والتوزيع ، بيروت، ٢٠٠١ ، ص ٢٩٠ .

(٤٠٧) ينظر : عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص ٣١٤ .

(٤٠٨) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٥٢ ؛ و د. مصطفى الرفاعي ،
مرجع سابق ، ص ٢٢٠ .

الوقف إلا إذا قصد به التأييد والاستمرار هذا بالاتفاق بين المذهبين السني والشيعي^(٤٠٩)، فهو نظام من نظم الشريعة الإسلامية وهو على ثلاثة أنواع خيري وذري ومشترك^(٤١٠).

فالوقف قد يكون على جهة من جهات الخير ابتداء كالفقراء والمساجد ، وقد يكون للواقف حال حياته ثم لذريته بعد مماته ثم لجهة من جهات البر التي يعينها الواقف عند انقراض ذريته ، فالوقف الذري هو ان يكون التصديق بالمنفعة للواقف ابتداء على اختلاف بين الفقهاء ، ثم من بعده لأولاده ثم لا نساله واعقابه حتى إذا انقرضت ذريته كان الربيع لجهة بر لا تنقطع كالمساجد والميآتم والمصحات وما إلى ذلك من جهات الخير ، وإذا لم يجعل الواقف نهاية وقفه إلى جهة مؤبدة سمي وقفا ذريا محضاً أو مشتركاً ، أما الوقف الخيري فهو ان يجعل الواقف التصديق بالمنفعة ابتداء على الجهة الخيرية التي يعينها^(٤١١).

والجدير بالذكر في هذا الصدد ان المقتن العراقي أخذ بهذه المصطلحات الفقهية وبمفاهيمها في المرسوم رقم ١ لسنة ١٩٥٥ الخاص بجواز تصفية الوقف الذري، إذ نصت المادة / ١ منه على ان " أ- يقصد بالوقف الذري: ما يوقفه الواقف على نفسه أو ذريته أو عليهما معا أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معا أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته. ب- ويقصد بالوقف الخيري: ما يوقفه على جهة خيرية حين إنشائه أو آل إليها نهائياً. ج- ويقصد بالوقف المشترك: ما يوقفه الواقف على جهة خير وعلى الأفراد أو الذراري ونسبة الاشتراك فيه اما ان تكون معينة واما ان تكون غير معينة كالأوقاف الموقوفة على جهة خيرية ومشروط فيها صرف الفضلة من غلتها على الأفراد أو الذراري أو بالعكس ولا تتم الخصومة قانوناً في الوقف المشترك إلا بحضور مدير الأوقاف أو من يمثله ... "

كما نصت المادة / ٢١٤ من قانون الأسرة الجزائري على انه " يجوز للواقف ان يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على ان يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية" .

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية انه " ادعى المميز / المعارض الغير / رئيس ديوان الوقف السني / اضافة لوظيفته لدى محكمة الاحوال الشخصية في البصرة على المميز عليه / المعارض عليهما اعتراض الغير / رئيس ديوان الوقف الشيعي / ٢/ بأن المحكمة المذكورة سبق واصدرت بعدد ١٥٧٣/ش/٢٠٠٤ بتاريخ ١٩/٤/٢٠٠٤ قرار يقضي بإبطال حجة التولية المرقم ١٣/وصية / ٢٠٠١ والمتضمنة نصب المعارض عليه

(٤٠٩) للمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى الرفاعي ، مرجع سابق ، ص ٢٢١.

(٤١٠) للمزيد من التفصيل حول اركان الوقف وشروط كل ركن ينظر : د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وعلي الشرجي ، مرجع سابق ، ص ٢١٦.

(٤١١) ينظر : د. مصطفى الرفاعي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٠.

اعتراض الغير الثاني متوليا على وقف المرحومة ياسه الدريندي، ولكون القرار المذكور جاء ماسا بحقوقه / اضافة لوظيفته فقد طعن به بلائحته المؤرخة ٢٠٠٤/٧/١١ اصدرت المحكمة المذكورة بعدد ١٥٧٣/ش/٢٠٠٤ وبتاريخ ٢٠٠٥/١١/١٣ حكما حضوريا يقضي ببرد دعوى المعارض اعتراض الغير/ اضافة لوظيفته وتحمله المصاريف والرسوم وطعن وكيل المميز / اضافة لوظيفته بالحكم المذكور تمييزا بلائحته المؤرخة ٢٠٠٥/١١/٢٣ م . القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق لاحكام الشرع والقانون لما اسند إليه من اسباب، ذلك لأن القرار المعارض عليه لا يتعدى الحقوق المعارض ولا يمسه على فرض كون الوصية الخيرية تدخل ضمن اموال الوقف السني، اذ ان بقاء الحجة ١٣٩/وصية/٢٠٠١ في ٢٠/٩/٢٠٠١ هو الذي يمس بحقوقه، وان بإمكان المميز إضافة لوظيفته اللجوء إلى الطريق القانوني للمحافظة على اموال الوقف وفقا لأحكام القانون، عليه تكون دعوى المعارض اعتراض الغير واجبة الرد عملا بأحكام المادة/ ٢٢٤-١ من قانون المرافعات عليه قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها، وصدر القرار بالاتفاق استنادا لاحكام المادة/٢١٠-٢ من قانون المرافعات المدنية في ١٦/محرم/١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٢/١٥"٢٠٠٦(٤١٢).

كذلك قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه"لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لاحكام القانون، ذلك لان محكمة الموضوع اتبعت قرار النقض من هذه المحكمة بعدد/١١٦٨/ش/٢٠٠٨/١ بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٢ واستوضحت من المميز / المدعي عما إذا كان يريد ادخال المتولي الحالي شخصا ثالثا في الدعوى بجانب المميز عليه/المدعي عليه اضافة لوظيفته، ذلك لان دعوى المميز تتضمن الحكم له بتوجيه التولي إليه بإجراء اداري قضائي مع احتفاظه بادخال من ان يصح اختصاصه قبل رفع الدعوى ولا يصح اتخاذ أي اجراء الا بمواجهة المتولي الحالي، الا انه رفض ذلك حيث ان ذلك يتعلق بالخصومة التي هي من النظام العام، وللمحكمة ان تقتضي ببرد الدعوى من تلقاء نفسها عند عدم توجيه الخصومة كلا أو جزءً، يضاف ان ذلك ليس لمحكمة الاحوال الشخصية اصدار حجة بتزشيخ متولي على وقف مع وجود متولي، حيث ان محكمة الموضوع التزمت وجهة النظر أعلاه لذا قرر تصديق ورد

(٤١٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/١٤٤/شخصية اولى/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/١٥ (قرار غير منشور).

اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها و صدر القرار بالاتفاق في ٢١/رمضان/١٤٢٩هـ الموافق ٢١/٩/٢٠٠٨م^(٤١٣)

وبالطبع فان لتقسيم الوقف باعتبار الجهة الموقوف عليها أهميته خاصة بعد صدور مرسوم جواز تصفية الوقف الذري في العراق ، الذي أجاز بموجبه حل الوقف الذري والمشارك وتحويلهما إلى ملك يعود للمرتزقة والى من عينهم المرسوم من ورثتهم^(٤١٤).

اما الوقف الخيري فانه باق على حاله تابعا للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، كما جاء ذلك في المادة ٢/ من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي ، والتي نصت على انه " يشمل هذا المرسوم الوقف الذري والوقف المشترك اما الوقف الخيري فيبقى تابعا للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به " .

وهكذا استقر الرأي في التشريع العراقي^(٤١٥)، الذي يقضي بجواز إلغاء الوقف الذري ولا يوجبه ، وقد أشار التشريع إلى ان الوقف المصفي يصبح إرثا لورثة الواقف ، إذ نصت المادة ٩/ من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي على انه " يعود المصفي من الوقف ملكا للمرتزقة فيه فعلا عند نفاذ هذا المرسوم ويقسم عليهم حسب استحقاقهم في الارتزاق ومن يتوفى منهم بعد طلب التصفية وقبل تمامها ينتقل نصيبه إلى ورثته وفق أحكام الميراث ... " .

^(٤١٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم ٢٨٢٣/٢٨٢٣هـ/أية شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٢١/٩/٢٠٠٨ (قرار غير منشور).

^(٤١٤) مما تجدر الاشارة اليه ان المقصود بالمرتزقة " هم المشروط لهم استحقاق في غلة الوقف حسب شروط الواقف او التعامل - عند فقده - حين نفاذ هذا المرسوم "تنظر : المادة ١/ من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي النافذ رقم ١ لسنة ١٩٥٥ المعدل .

^(٤١٥) في هذا الخصوص ينبغي التنبيه الى ان موضوع الغاء الوقف الذري عموما كان مدار جدل محتدم بين ذوي الاختصاص في البلدان العربية الاسلامية بين مؤيد ومعارض ، وبقي هذا النزاع الفكري مستمرا حتى اثبتت الايام ان كفة المؤيدين كانت اقوى من كفة خصومهم فاقدمت حكومة لبنان على حل الوقف الذري سنة ١٩٤٧ فصدر قانون خاص بتنظيمه ، واخذ بقول جمهور الفقهاء في صحة الوقف وجوازه وتبنى رأي ابو حنيفة بعدم لزومه ويات للواقف بحكم هذا القانون الجديد حق الرجوع عن وقفه الذري كله او بعضه أو حق التغيير في مصارفه وشروطه ما لم يتعارض مع احكام هذا القانون ، كما فعلت سوريا مثل ذلك سنة ١٩٤٩ ، وعندما قامت الثورة في مصر عام ١٩٥٢ اخذت على عاتقها هدف القضاء على الاقطاع بكل اشكاله ، لذا اتجهت حكومة الثورة المصرية الى الرأي القائل بعدم جواز الوقف الذري - الاهلي - فاصدرت بذلك قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي نص على الغاء ما كان موجودا من الاوقات الاهلية وجعل الاموال الموقوفة عليها حرة طليقة ، كما منع احداث اوقاف اهلية جديدة فاصبح الوقف بذلك قاصرا على القدر المخصص للخيرات فقط واصبح لا يجوز احداث وقف الا اذا كان على جهات خيرية من اول الامر ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ . و د. مصطفى الرفاعي ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ .

وجاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد ان المدعي طلب بعريضة دعواه المقدمة إلى محكمة بداءة الشامية دعوى المدعي عليهم وتصديق الوقف الذري الواقع على العقار المرقم ٣/١٨٥ السوق بإعتبار ان والده مورث المدعي عليهم قد اوصى حال حياته بوقف الدار المنشأة على العقار المذكور وقفا ذريا لسكن من يحتاج السكن من ذويه، وبما ان تصديق الوصية هو من اختصاص محكمة الاحوال الشخصية وليس من محكمة البداءة استنادا لاحكام المادة /٣٠٠-٣ من قانون المرافعات المدنية، وحيث ان المحكمة سارت في نظر الدعوى دون التقيد بنص المادة المذكورة واصدرت حكمها المميز عليه، وحيث ان المحكمة المميز قرارها هي غير مختصة بنظر الدعوى فيكون الحكم الذي اصدرته خارج عن اختصاصها، عليه قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى إلى محكمتها لاحالتها إلى المحكمة المختصة في نظر الدعوى على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق بتاريخ ١٧/محرم/١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٢/١٦م" (٤١٦).

ويجب ان نشير في هذا الخصوص إلى ان الفقهاء المسلمون متفقون على ان الوقف مستحب شرعا مندوب إليه ، وان ثمرة المال الموقوف وغلته تصبح على الموقوف عليهم يملكونها بالقبض إذا كانوا أشخاصا ، وذلك بان يعمد بعض الأغنياء والموسرين إلى جعل ريع حقل معين أو بستان محدد أو دكاكين لشريحة معينة من شرائح المجتمع فينتفع أفراد هذه الشريحة كافة بمن فيهم أقرباء هذا الموصي الواقف والذين يندرجون تحت هذه الشريحة ، وهذا ما يسمى الوقف العام ، اما الوقف الخاص فهو الذي يخصصه صاحبه لمجموعة معينة من أقاربه أو لكل أقاربه دون استثناء (٤١٧).

(٤١٦) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /١٩٦٤م/ ٢ / ٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٢/١٦ (قرار غير منشور).
(٤١٧) الجدير بالذكر ان المجتمع الاسلامي عرف اوقافا عديدة ، فاول وقف في الاسلام كان بئر رومه في المدينة المنورة ، اذ اشتراها عثمان بن عفان (رضي الله عنه) وجعلها للمسلمين ، واخذت الاوقاف بعد ذلك تتوسع وتتنوع لاقامة التكافل الاجتماعي ، فقد كان الوقف يؤدي خدمات جليلة للمجتمع الاسلامي وينهض به نحو اسنى درجات التكافل ، ولما انحسر دوره في بعض المجتمعات الاسلامية ترك اثارا سلبية على نهضتها ورفاهيتها ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. محمد احمد درنيقة ، مرجع سابق ، ص ٨٨-٩٠ .

وينقسم الوقف باعتبار صحته إلى قسمين رئيسيين هما :

الأول - الوقف الصحيح وهو ما كانت رقبة العين الموقوفة مملوكة ملكا تاما ثم أوقفها مالكها إلى جهة من الجهات ، اي الوقف الذي يجب ان تراعى فيه شروط الواقفين^(٤١٨) .

الثاني - الوقف غير الصحيح وهو ما كانت رقبة العين الموقوفة أميرية والموقوف منها إنما هو حق التصرف فيها أو عقرها أو رسومها واعتبارها ، ويسمى هذا النوع من الوقف بالوقف الارصادي أو التخصيصات ، وهو ارساد صحيح إذا كانت الجهة الموقوفة عليها من مصاريف بيت المال كالمساجد والمدارس وما شاكلها ، وليس لصاحب السلطة إبطاله ولا تغيير الجهة الموقوفة عليها ، وإنما له مخالفة شرط الواقف في الزيادة والنقصان لمصلحة يراها^(٤١٩) .

اما إذا كانت الجهة الموقوف عليها ليست من مصاريف بيت المال كالاولاد ونحوهم ، فان الارصاد حينئذ غير صحيح ولصاحب السلطة إبطاله أو مخالفة شرط الواقف في الجهة المخصص لها الموقوف ، لذا فان الوقف غير صحيح لا يكون إلا من السلطان أو بإذنه على الأقل ان صدر الوقف من غيره ، ويجوز كذلك ان يجتمع وقف صحيح وغير صحيح في عقار واحد ، كان يوقف شخص أرضه المملوكة له على جهة من الجهات ويوقف السلطان عشر هذه الأرض على نفس الجهة أو على غيرها^(٤٢٠) .

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث انه جاء اتباعا لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بعدد ٨٥٣/٢م/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٦/١٩ ولثبوت كون العقار ١٣٦ مقاطعة ٢٩ زويه الكريعات كان بالاصل قبل الافراز مسجلا بقيد التسوية وصنفه موقوف غير صحيح تصرفا ورسوما ومسجلا باسم مديرية الاوقاف العامة، وعليه فان قيام دائرة المدعي عليه الأول بتصحيح صنف القطعة موضوع الدعوى من ملك صرف إلى كونها موقوفة وفقا غير صحيح فان ذلك يدخل ضمن اختصاصها المنصوص عليه في المادة/٦٨ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل ، لذا قرر تصديق الحكم ورد الطعن المقدم بشانه وتحميل رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٣/محرم/١٤٢٦ هـ الموافق ٢٠٠٦/٢/٢"^(٤٢١) .

^(٤١٨) تنظر : المادة /١-٤ من قانون ادارة الاوقاف العراقي النافذ رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون المرقم ٤٠ لسنة ١٩٩٩ قانون التعديل الثامن لقانون ادارة الاوقاف العراقي .

^(٤١٩) تنظر : المادة /١-٥ من قانون ادارة الاوقاف العراقي .

^(٤٢٠) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٧٧ .

^(٤٢١) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٢٨٤٦م/٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٢/٢ (قرار غير منشور) .

كما جاء أيضا في قرار محكمة الأحوال الشخصية العراقية انه "الدعوى المدعية وللمرافعة الحضورية العلنية ، حيث ادعت بأنها سبق وان نصبت متولية على وقف محمد كاظم أبو الحسن المتمثل بالدار تسلسل ٢٣/١٠ بتاوين والدكان ٤٨١ السراي محلة جديد حسن باشا ، وبما ان الواقف لديه عقار اخر ومن ضمن الوقفية تطلب تنصيبها متولية عليه، اطلعت المحكمة على اضبارة الوقف والعقار الموقوف المرقم ١٣٩٨/١٥/الكاظمية / الشيخ وجنسه دار مع بناتها، وانها وقف خيرى من اوقاف الايراني الحاج محمد كاظم الحاج أبو الحسن ونوعه وقف خيرى، وعلى وفق ما ورد في السند العقاري المربوط مع الاضبارة الوقفية، ومن خلال اللوائح المتبادلة بين الطرفين لاحظت المحكمة ان التولية على العقار قد انقطعت وتم ضبطه من قبل وزارة الاوقاف المنحلة بموجب الاعلان المرقم ١٥٢٩٠ وعلى وفق ما مذكور في كتاب ديوان الوقف الشيعي المرقم ١١٠٠٠ في ١٩/٧/٢٠٠٥ بالإضافة إلى اقرار المدعية بذلك بموجب طلبها المرفوع إلى رئيس ديوان الوقف الشيعي، والذي اشارت فيه إلى ان وزارة الاوقاف المنحلة قد وضعت اليد عليه بتاريخ ٢٠/٩/١٩٨٩ كما اطلعت على قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة المرقم ١٦٢/ش/٩٩٩ والذي اشار فيه إلى ان العقار محل نظر هذه الدعوى والمرقم ١٩/١٣/١٥/الكاظمية / الشيخ قد تم وضع اليد عليه في ١٥/٩/١٩٨٢ وانه أصبح وقفا مضبوطا، والمدعية في تلك الدعوى قد صرفت النظر عن طلبها في التولية ... لذلك ومما تقدم وحيث ان الوقف المضبوط تكون ادارته من قبل ادارة الاوقاف على وفق ما ورد في المادة الثانية الفقرة (١) من قانون ادارة الاوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل، وبالطلب قرر الحكم برد دعوى المدعية وتحميلها الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة لوكيل المدعي عليه الموظف الحقوقي مقدارها خمسة الاف دينار استنادا لأحكام المواد/ ٢١ ادارة الاوقاف ٢١ و٢٥ و٥٩ اثبات و٦٣ محاماة و١٦١ و١٦٣ و١٦٦ و٣٠٠ مرافعات حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في ٢٤/٥/٢٠٠٦ الموافق ٢٦/ربيع الثاني/١٤٢٧هـ^(٤٢٢).

(٤٢٢) قرار محكمة الأحوال الشخصية العراقية في الكاظمية رقم /٢٧٠/ش/٢٠٠٦ في ٢٤/٥/٢٠٠٦ (قرار

المبحث الثاني

شروط الوقف للجنين

لكي يتم الوقف ويلزم لا بد ان تتوافر فيه الشروط المطلوبة لذلك ، والشروط الواجب توافرها في الوقف عموما أربعة أقسام نوضحها تباعا حسب المطالب الآتية : =

المطلب الأول :- الشروط الواجب توافرها في الواقف

المطلب الثاني :- الشروط الواجب توافرها في الموقوف

المطلب الثالث :- الشروط الواجب توافرها في الجهة الموقوف عليها

المطلب الرابع :- الشروط الواجب توافرها في صيغة الوقف

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في الواقف

لابد لصحة الوقف ان تتوافر فيه شروط أساسية ومن ضمنها شروط خاصة بالواقف والتي يمكننا أن نوجزها وفق الصيغة الآتية (٤٢٣) :-

أولاً - الحرية : وذلك بان يكون الواقف حرا لان العبد وما يملكه لسيده ، فلا يجوز وقف الرقيق بناء على ذلك ولو كان مأذونا بالتجارة ، ويجوز وقفه في حالة إذن مولاه له بذلك ، لان إذن السيد انابه ، والوقف بالتوكيل جائز بشرط ان لا يكون مستغرقا للدين (٤٢٤) .

ثانيا - العقل : وذلك بان يكون الواقف عاقلا فلا يصح وقف المجنون ، لان الوقف تصرف تتوقف صحته على التمييز ، ولا تمييز للمجنون إلا إذا كان الجنون غير مطبق صح الوقف عند الافاقه وتام العقل بلا اثر لطوء الجنون بعد ذلك ، ولا يصح وقف الصبي مميزا كان أو غير مميزا ولا وقف السفیه لأنه ممنوع من التصرفات المالية ، ولو ان المذهب الحنفي يتيح للسفيه ان يوصي بثلاث ماله مادامت وصيته لجهة خيرية وقفا كانت أو غيره ، ويلحق بالمجنون المعتوه كما يلحق بالسفيه ذو الغفلة فالحكم الشرعي فيهما واحد (٤٢٥) .

ثالثا - البلوغ : فلا يصح وقف الصبي سواء كان الصبي مميزا أم غير مميز لأنه ناقص الأهلية ومن كانت هذه حاله لا يملك التبرع ، كما لا يجوز لولي الصغير ان يتبرع من مال الصبي سواء كان ذلك بإذن القاضي أم بدون إذنه ، كما لا يملك القاضي ذلك، لان فاقد الشيء لا يعطيه .

رابعا : ان لا يكون الواقف محجورا عليه لسفه أو غفلة ، فمن حجر عليه لسفه أو غفلة فوقفه باطل لان الوقف تبرع والتبرعات لا تصدر إلا عن رشيد .

(٤٢٣) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٥٩ .

(٤٢٤) للمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ حسن ايوب ، فقه المعاملات المالية في الاسلام ، ط ١ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٣١١ .

(٤٢٥) ينظر : د. مصطفى الرافي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ .

خامسا : ان يكون الواقف غير محجورا عليه لدين ، فلا يصح وقف المدين إذا كانت ديونه مستغرقة لجميع ماله ، اما إذا كانت غير مستغرقة لجميع ماله ، صح الوقف فيما زاد عن الدين ، لان الحجر عليه كان لحفظ حق الدائنين ، وفي هذه الحالة لا تأثير على حقوقهم فيصح الوقف عندئذ^(٤٢٦).

وبهذا فقد نصت المادة /٢١٥ من قانون الأسرة الجزائري على انه " يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين ٢٠٤ و ٢٠٥ من هذا القانون " وبالرجوع للمادة /٢٠٣ من قانون الأسرة الجزائري نجد انها نصت على انه " تشترط في الواهب ان يكون سليم العقل بالغ تسع عشرة (١٩) سنة وغير محجور عليه " في حين نصت المادة /٢٠٥ منه على انه " يجوز للواهب ان يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير " .

(٤٢٦) د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٦١ .

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في الموقوف

إن الأصل في الشيء الموقوف انه قابل للبقاء ، وعلى هذا الأصل يكون اشتراط كون الوقف على وجه التأييد فضلا عن شروط آخر ينبغي توافرها في الموقوف هي (٤٢٧) :

أولا :- ان يكون الموقوف عقارا أو تابعا لعقار أو كان مما جرى العرف بوقفه كالمصاحف والساعات والمراوح ونحو ذلك ، وعلى هذا فلا يصح وقف المنافع والحقوق المجردة ، لأنها ليست بمال عند الحنفية والجعفرية كسكن الدار وكذلك الأموال غير المتقومة كأدوات اللهو .

ثانيا :- ان يكون مفرزا ومعلوما عند وقفه علما نافيا للجهالة ، وعلى هذا فلا يصح وقفا الدين ولا العين المجهولة ، كان يقول وفتت عقارا من عقاراتي ولا يصح ما هو غير منقوم في نظر الاسلام كالخمر والخنزير ، ولا يصح وقف ما يتلف بإنفاقه كأنواع المأكولات وغيرها ، ومثلما يصح وقف العقار بكامله يصح وقف جزء منه ولو كان شائعا كالنصف أو الربع مثلا إلا في أمرين هما ، المسجد والمقبرة لكونهما لا يقبلان الشركة (٤٢٨) .

وعلى هذا فلا يصح أيضا وقف بعض المال الشائع أو الجزء المبهم ، كمن يقول وفتت جزء من الأرض التي املكها ، اما إذا كان مما يمكن معرفته صح وقفه حينئذ ، كمن يقول أوقفت سهمي من الأرض الفلانية التي له فيها حصة معلومة وان لم تفرز عند الوقف ، لان ذلك يمكن معرفته إلا إذا كان الوقف لأجل ان يكون الموقوف مقبرة أو مسجدا فلا يصح الوقف إلا إذا كان المال المشاع مفروزا فعلاً ، لان مقتضى المشاركة ان يقسم المال قسمة مهايأة في بعض الصور وهذا يستلزم تغييرا في وضع المسجد أو المقبرة وهو لا يجوز (٤٢٩) .

(٤٢٧) للمزيد من التفصيل ينظر : المرجع السابق ، ص ٢٦٤ .

(٤٢٨) د. مصطفى الرافي، مرجع سابق، ص ٢٢٤ .

(٤٢٩) الجدير بالتنويه ان المهايأة "عبرة عن قسمة المنافع" تنظر : المادة /١١٧٤ من مجلة الاحكام العدلية ، والمواد/١٠٧٨-١٠٧٠ من القانون المدني العراقي ، فالمهايأة ليست قسمة للشيء الشائع بل هي قسمة لمنفعته ولا تجري في الاشياء المثلية ، لان المثليات لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء اعيانها بعكس الاشياء القيمية ، فضلا عن ان الاشياء المثلية قابلة للقسمة اساسا فلا حاجة الى المهايأة ، والمهايأة نوعان اما مكانية واما زمانية ، ولكنها في الحالتين لا تؤدي الى انتهاء حالة الشيوخ ، ففي الكمانية يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته الشائعة ، كما لو تهاياه الشريكان في ارض مشتركة بينهما على ان يزرع احدهما نصفها والثاني نصفها الاخر ، اما المهايأة الزمانية فيتفق الشركاء على ان يتناوبوا الانتفاع بالشيء الشائع كل منهم لمدة تتناسب مع مقدار حصته، فإذا تساوت الحصص تساوت مدد الانتفاع كما لو تهايا اثنان على ان يزرع كل منهما الارض المشتركة سنة واحدة أو ان يسكن كل

ومع ذلك فان العقار المشاع يصح وقفه فما لا يقبل القسمة بمال عند الامامين محمد وأبي يوسف في بعض الحالات مثل ان يوقف الشريكان المال المشترك جملة ويسلماه إلى متولي واحد ، لانعدام الشيوخ في هذه الحالة عند إنشاء الوقف وعند تسليمه ومثل ذلك ما إذا كان المتولي غير واحد ، إلا إذا الشريكين سلما العقار الموقوف للمتولين في ان واحد ، ولا يرى الجعفرية مانعا من وقف العقار المشاع مطلقا (٤٣٠).

وبهذا فقد نصت المادة /٢١٦ من قانون الاسرة الجزائري على انه " يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف معيناً خاليا من النزاع ولو كان مشاعا " .

ثالثا : ان يكون مملوكا للواقف ملكا تاما عند الوقف ، وعلى هذا فلا يصح وقف الهيئة قبل قبضها ولا وقف المغصوب والمسروق وان ملكها الواقف بعد ذلك بل لابد للسارق أو الغاصب من إنشاء الوقف من جديد بعد الملك (٤٣١) .

منهما الدار المشتركة سنة واحدة ، والاصل ان المهايأة رضائية تتم باتفاق جميع الشركاء، ولكن قد يتمتع احد الشركاء عن اجراء المهايأة الرضائية رضاءً فإنها تجري عند ذلك قضاءً بناءً على طلب احد الشركاء ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الغني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ج ١ ، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ١٠٦ .

(٤٣٠) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٦٥ .

(٤٣١) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٦٥؛ ود. مصطفى الرافي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ .

المطلب الثالث

الشروط الواجب توافرها في الجهة الموقوف عليها

لابد من توافر شروط اساسية في الجهة الموقوف عليها ، فالموقوف عليه هو من يستحق الانتفاع بالعين أو ريعها ويشترط فيه الشروط الآتية^(٤٣٢) :

أولاً :- ان يكون الموقوف عليه موجودا حين الوقف ، فإذا كان معدوما لا يصح الوقف ، كمن يقف على من سيولد ، اما إذا كان المعدوم تابعا للموجود حين الوقف، صح الوقف بالاتفاق عند مذهب اهل السنة والشيعة ، مثل ان يوقف المرء عينا على أولاده الموجودين وعلى من سيولد لهم من ذريتهم فيما بعد ، فيصح الوقف عند السنة والشيعة معا .

ثانيا :- ان يكون الموقوف عليه أهلا للتملك ، فلا يجوز الوقف على حيوان مثلا لكونه ليس أهلا للتملك بخلاف الوقف على المنشآت الدينية والمؤسسات الخيرية كالمساجد والمدارس والمستشفيات ودور الأيتام لان من ينتفع بها من الناس هم أهل للتملك^(٤٣٣) .

ثالثا :- يشترط ان يكون الموقوف عليه معلوما، فإذا وقف إنسان على رجل أو امرأة من غير تعيين كان الوقف باطلا^(٤٣٤) .

رابعا :- والشرط الأساسي في الجهة الموقوف عليها ان يكون جهة قريبة في نظر الشريعة الإسلامية وفي نظر الواقف معا كالواقف على المسجد ، فان الشريعة تعد ذلك برا وتقربا لله وهذا ما يعتقده الواقف عليه أيضا ، فان اختل احد طرفي هذا الشرط لم يصح الوقف كأن يكون الوقف على تلك الجهة قريبة في نظر الشريعة الإسلامية دون نظر الواقف كوقف نصراني على مسجد ، ويتفرع على هذا الشرط عدة أحكام منها^(٤٣٥) :

^(٤٣٢) للمزيد من التفصيل ينظر : د. مصطفى الرافي ، مرجع سابق، ص ٢٢٥ .

^(٤٣٣) ينظر : حسن ايوب : مرجع سابق ، ص ٣١١ .

^(٤٣٤) ينظر : د. مصطفى الرافي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٤ .

^(٤٣٥) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٦٧ .

- ١- ان وقف المسلم على فقراء المسلمين أو النصارى أو اليهود من مواطني الأرض الإسلامية صحيح لان ذلك قرية في نظر الشريعة والواقف .
- ٢- ان وقف النصراني أو اليهودي من مواطني ارض الاسلام على فقراءهم أو فقراء المسلمين صحيح أيضا .
- ٣- ان وقف المسلم أو النصراني على بيت المقدس صحيح .
- ٤- ان وقف المسلم على كنيسة أو وقف النصراني على مسجد غير بيت المقدس غير صحيح لانتفاء الشرط السابق ، ويشترط الجعفرية في الجهة الموقوف عليها فضلا عما تقدم ان يكون الموقف عليه موجودا حال الوقف ، فلا يصح الوقف على المعدوم خلافا للحنفية^(٤٣٦).

(٤٣٦) ينظر : د. مصطفى الرافي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٥ .

المطلب الرابع

الشروط الواجب توافرها في صيغة الوقف

لابد من توافر شروط اساسية في صيغة الوقف، لذلك يشترط في صيغة إنشاء الوقف عادة عدة شروط هي^(٤٣٧) :

أولاً - التتجيز :- بان يكون منجزا غير معلق على شرط إلا موجود ، فلا يصح تعليق الصيغة على ما هو غير حاصل بالفعل ، فإذا قال إنسان ان كانت هذه البناية ملكي فهي صدقة موقوفة ، فان لم تكن البناية داخلة في ملكه عند كلامه يصبح كلامه لغوا ، وان كانت داخلة في ملكه صح الوقف ، لان التعليق بالشرط الموجود تتجيز ، فإذا قال الواقف داري موقوفة على الفقراء صح الوقف، اما ان قال ان اشتريت هذه الدار فهي موقوف على الفقراء، فلا يصح الوقف ان كانت الدار ليست ملكا له عند الوقف حتى ولو اشتراها بعد ذلك ، بل لابد من صيغة جديدة تفيد الوقف بعد الشراء^(٤٣٨).

ثانيا - ان يكون الوقف حالا:- فلا يصح الوقف إذا كان مضافا إلى ما بعد الموت ، لأنه وصيه في المذهب الحنفي يخرج من الثلث بعد الموت لا قبله ، كان يقول داري موقوفة بعد موتي، لان ذلك يكون وصية ويأخذ حكمها من حيث جواز الرجوع عنه وغير ذلك من الأحكام^(٤٣٩).

ثالثا - التأبيد :- أي لا يكون مؤقتا فإذا كانت الصيغة مشعرة بالتوقيت بوقت معين فلا يصح الوقف، فلو قال الواقف وقفت عقاري هذا أسبوعا أو شهرا أو سنة، فانه في هذه الحالة لا يكون وقفا بالاتفاق بين مذهب اهل السنة والشريعة الأمامية، في حين ذهب البعض إلى ان التوقيت إذا لم يقيد بعودة الموقوف إلى ملك الواقف فان الوقف صحيح ويبطل شرط التوقيت^(٤٤٠) .

(٤٣٧) للمزيد من التفصيل ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٦٧.

(٤٣٨) ينظر : د. مصطفى الرافي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣.

(٤٣٩) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٢٦٨.

(٤٤٠) ينظر : المرجع السابق ، ص ٢٦٨ ؛ ود. مصطفى الرافي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣.

رابعا - ان لا يقترن بالصيغة اشتراط الخيار مطلقا :- فإذا قال الواقف أوقفت داري على إني بالخيار ثلاثة أيام بطل الوقف ، وقال أبو يوسف يصح إذا كان مدة الخيار معلومة ، ولا اثر لاشتراط الخيار في صحة الوقف على المسجد حيث يصح الوقف ويبطل الشرط^(٤٤١).

خامسا - ان لا يقترن بالصيغة شرط يؤثر على أصل الوقف في انقطاع علاقة الواقف بالشيء الموقوف :- وعلى هذا فلا يصح الوقف إذا اشترط الواقف ان يكون له بيع الوقف أو رهنه ، لان ذلك يتعارض والأصل السابق في الوقف ، خلافا للجعفرية الذين ذهبوا إلى صحة الوقف والشرط في مثل هذه الحالة وله ان يعيد ملكية الوقف إليه ، اما إذا كانت الشروط غير مؤثرة على الأصل ولم تكن مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية في الوقف، فانها حينئذ تكون واجبة^(٤٤٢)، فقد نصت المادة /٢١٨ من قانون الأسرة الجزائري على انه " ينفذ شرط الواقف مالم يتنافى ومقتضيات الوقف شرعا وإلا بطل الشرط وبقي الوقف "، كما نصت المادة /٢٢٢ منه أيضا على انه " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" .

سادسا - ان يكون قري في ذاته :- وعلى هذا لا يقبل وقف النائب أو السكران أو المغمى عليه بالاتفاق ، اما إذا قصد الوقف من وقفه مصلحة يحصل عليها في الدنيا ، فما هو عندئذ حكم ذلك شرعا ؟ .. ذهب المذهب الحنفي على ان الوقف في هذه الحالة لا يتم ، بخلاف المذهب الجعفري فانه يتم ، لان القري ليس شرطا لصحة الوقف بل لنيل الأجر والثواب من الله تعالى^(٤٤٣).

كذلك يجب ان تكون صيغة الوقف بلفظ -وقفت- فيتحقق الوقف ويلزم بالاتفاق ، اما إذا كانت بلفظ غير كلمة - وقفت - مثل حبست وأبدت وسلبت ونحو ذلك من الألفاظ التي تحتاج إلى قرينة ، فقد وقع خلاف بين الأئمة حول تحقق الوقف أو عدمه ، والصحيح انه يتحقق ما دامت العبارة يفهم منها لغة وعرفا ان منشأها أراد الوقف، حتى لو كانت بغير اللغة العربية لان الألفاظ ليست غاية في نفسها بل هي أداة للتعبير لا غير^(٤٤٤) .

(٤٤١) ينظر : د. احمد الكبيسي ، ج ٢ ، ص ٢٦٨ .

(٤٤٢) ينظر : المرجع السابق، ص ٢٦٨ .

(٤٤٣) ينظر : د. مصطفى الرافي ، مرجع سابق، ص ٢٢٣ .

(٤٤٤) ينظر : المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

اما ما هو الحكم إذا شرط في الوقف ان يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم ، فانه لم يصح لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده كما لو اشترط ان لا ينتفع به ، وان شرط للناظر ان يعطي من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء جاز لان ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف ، وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقا موقوفا على الاتصاف بصفة ولم يجعل له حق إذا انتفت تلك الصفة فيه ، فأشبهه بما لو وقف على المستغلين به من ولده فانه يستحق منه من اشتغل به دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال الاستحقاق واذا عاد إليه عاد استحقاقه، كذلك لو قال على أولادي ان يصرفوا إلى البنات منه ألفا والباقي للبنين، لم يستحق البنون شيئا حتى تستوفي البنات الألف ، لان جعل للبنات مسمى وجعل للبنين الفاضل عنه فكان الحكم فيه على ما قال فيجعل البنات كذوي الفروض سمى الله لهم فرضا وجعل البنين كالعصابات الذين لا يستحقون إلا ما فضل عن ذوي الفروض، ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله^(٤٤٥).

اما من يدير أمر الوقف ويتصرف فيه فهو من شرطه الواقف ، وان جعل إدارته والنظر فيه لنفسه جاز وان جعله إلى غيره فهو له ، فان لم يجعله لأحد أو جعله لإنسان فمات نظر فيه الموقوف عليه فان كانوا جماعة اختاروا منهم من يديره وينظر فيه، واختار بعضهم ان ذلك الاختيار يكون للقاضي كما ان القاضي هو الذي يعين الناظر على الوقف إذا كان الوقف على المساكين والمساجد ونحوها أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم لأنه ليس له ملك متعين ينظر فيه، ومتى كان الموقوف عليه هو الناظر في الوقف بسبب جعل الواقف ذلك له أو لأنه أحق بذلك من غيره وكان هذا الناظر مكلفا رشيدا فهو أحق بذلك سواء كان رجلا أم امرأة وسواء كان عدلا أم فاسقا لأنه ينظر في الوقف لنفسه فكان له ذلك، وان كان الموقوف عليه غير رشيد اما لصغره أو سفهه أو جنونه قام وليه في النظر مقامه وان كان النظر لغير الموقوف عليه أو لبعض الموقوف عليه يتوليه الواقف أو القاضي، يشترط ان يكون مكلفا رشيدا أميناً ونفقة الوقف تكون حسب شرط الواقف فان لم يكن فنفقته من غلته^(٤٤٦).

^(٤٤٥) ينظر: الشيخ حسن ايوب ، مرجع سابق ، ص ٢٩٥.

^(٤٤٦) ينظر: المرجع السابق ، ص ٣١٢.

وبهذا فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه " ادعى المدعي اضافة إلى تركة مورثه لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل انه سبق وان قام جده المرحوم الشيخ عبد ال بالموصل بوضع الجامع العائد له مع ملحقاته امانة لدى مديرية اوقاف نينوى بالاصل، وبعدها تفرعت الدائرة إلى مديرية اعادة واستثمار اموال الوقف بموجب حجة وقفية موثقة ومصدقة لدى دائرة المدعي عليه الأول (مديرية اوقاف نينوى) ولحد الآن لم تقم الدائرة المعنية أعلاه بتنفيذها وفق الشرع والقانون وان حجة الوصايا هي واجبة التنفيذ، لذا طلب المدعي دعوة المدعي عليهما / المميز عليهم ١- السيد مدير الوقف السني في نينوى اضافة لوظيفته ٢- السيد مدير ادارة واستثمار اموال الوقف السني في نينوى اضافة لوظيفتهما للمرافعة والحكم بإلزامهما بتنفيذ حجة الوقف على جامع الشيخ عبدال وملحقاته في الموصل باب السراي والزامهم باعادة حقوق الورثة المستحقة شرعا وقانونا وتحميلهما الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة، أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٦١٧٥/ش/٢٠٠٨ وبتاريخ ٢٠٠٨/١١/١٩ حكما حضوريا يقضي برد دعوى المدعي وتحمله الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة وكلي المدعي عليهما مناصفة بينهما، طعن المدعي بقرار الحكم أعلاه طالبا تدقيقه تمييزا ونقضه بلائحته المؤرخة ٢٠٠٨/١١/١١ م. القرار :- لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، ذلك لان المميز طلب الزام المميز عليه بتنفيذ حجة الوقف على جامع الشيخ عبدال، وان كون الوقف مضبوطا لا يحول دون ذلك اذ لا يختلف وضع الوقف المضبوط عن غير من المضبوطات التي تدار من قبل المتولي سوى الادارة التي تحدد في الأولى إلى دائرة الاوقاف، وفي الثانية إلى المتولي المنصوب أو المعين، وان على دائرة الاوقاف التي تدير الوقف المضبوط الالتزام بشرط الوقف التزاما حرفيا الا في حالة التعذر للاستحالة، مما كان الواجب التحقق من شرط الواقف بغية تحديد التزامات المميز عليه اضافة لوظيفته والزامه بذلك ان تحقق عدم القيام بذلك، واحالة الموضوع إلى لجنة محاسبة المتولين بغية التحقق فيما إذا كانت دائرة الاوقاف قد نفذت ما ورد بحجة الوقف، وحيث ان الحكم المميز قضى بخلاف ما تقرر قرر نقضه واعادة الاضبارة إلى محكمتها للسير بها وفق ما تقدم وجعل الدعوى مستاخرة ولحين حسم الموضوع من لجنة محاسبة المتولين وصدر القرار بالاتفاق في ٢٤/محرم/١٤٣٠ هـ الموافق ٢٠٠٩/١/٢١" (٤٤٧).

(٤٤٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٨/الهيئة الشخصية الاولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/٢١ (قرار غير منشور).

وقد ينتهي الوقف عادة بزواله وذهاب آثاره وعودة الرقبة حرة من حبسها، وحينئذ تصبح الأعيان الموقوفة مملوكة ملكية تامة ومحلا لان يتصرف فيها مالکها بجميع أنواع التصرفات التملکية وغيرها ، وهذا المسلك مبني على رواية عن الامام أبي يوسف يقول فيها بعدم اشتراط التأبید لصحة الوقف فيجوز في هذه الحالة ان يكون مؤقتا بمدة محددة ينتهي الوقف بانتهائها أو بانقطاع مصارفه فتعود العين إلى حريتها يتصرف فيها مالکها كيف شاء، خلافا للجمهور الذين يشترطون في الصيغة ان تكون مؤبدة ، في حين يرى الامام محمد بن الحسن - صاحب أبي حنيفة - قوله بانتهاء الوقف فيما تخرب أو خرج عن الانتفاع المقصود للواقف ، فالمسجد مثلا إذا خرب ولم يكن له ما يعمر به واستغنى عنه الناس واستغنوا عنه رغم بقاءه عامرا لإنشائه مسجدا آخر، فان الوقف ينتهي عنده بانتهاء الصلاة فيه وتزول مسجديته ويعود إلى ملك الواقف ان كان حيا أو إلى ملك ورثته ان كان ميتا ، اما جمهور الفقهاء فيرون ان المسجد لا تنقطع مسجديته - في هذه الحالة - بل يبقى كذلك^(٤٤٨).

ولما كان قانون الوقف العراقي لم يشر بوضوح إلى هذه المسألة فانه يبقى العمل على الراجح المعمول به من مذهب الحنفية وهو عدم وجود حالات ينتهي الوقف فيها ، الا ان عزل المتولي المعين وفقا لأحكام القانون يخرج من اختصاص محكمة الأحوال الشخصية المنصوص عليه في المادة/٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية العراقية ويقع ضمن اختصاص لجنة محاسبة المتولين المشكلة بموجب المادة/٤-٣ من قانون ادارة الاوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٣ والمعدل بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٩ قانون التعديل الثامن لقانون ادارة الاوقاف العراقي .

وبهذا فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون، ذلك لان عزل المتولي المعين وفقا لأحكام القانون يخرج من اختصاص محكمة الأحوال الشخصية المنصوص عليه في المادة/٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية ويقع ضمن اختصاص لجنة محاسبة المتولين المشكلة بموجب المادة /الرابعة -٣ من قانون ادارة الاوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٣، لذا قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز واعادة الاضبارة

(٤٤٨) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣١٦.

إلى محكمتها، وصدر القرار بالاتفاق استنادا لأحكام المادة / ٢١٠-٢ من قانون المرافعات المدنية في ٥/رجب/١٤٢٩ هـ الموافق ٨/٧/٢٠٠٨ م" (٤٤٩).

كما جاء في قرار اخر انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون، ذلك لانه جاء اتبعا لقرار النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد أعلاه لان الوقف موضوع الدعوى وقف خيري صحيح، ويكون دور محكمة الأحوال الشخصية بترشيح المتولي لا تعيينه عملا بأحكام المادة/الثانية من نظام المتولين رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٠، عليه قرر تصديقه ورد الائحة التمييزية وتحميل المميزين رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها، وصدر القرار بالاتفاق استنادا لأحكام المادة / ٢١٠-٢ من قانون المرافعات المدنية في ١٥/محرم/١٤٢٧ هـ الموافق ١٤/٢/٢٠٠٦ م" (٤٥٠).

(٤٤٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٢٢١٧/هيئة الاحوال الشخصية الاولى/ ٢٠٠٨ في

٢٠٠٨/٧/٨ (قرار غير منشور).

(٤٥٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٦/ شخصية اولى/ ٢٠٠٦ في ١٤/٢/٢٠٠٦ (قرار غير

منشور).

المبحث الثالث

طرق إثبات الوقف للجنين

اما بالنسبة لطرق إثبات الوقف ، فينبغي لنا ان نبين بداية موقف القانون منها ، اذ نصت المادة /١٠ من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي على ما يأتي " أ- تستند المحكمة في تحديد وتعيين جهة الخير وحصتها وأصحاب الاستحقاق وسهامهم إلى الأحكام القضائية وقيود الطابو وحجج الوقف إثبات المسجلة وجميع الوثائق المعتمدة قانونا والتعامل ب- يجوز إثبات التعامل بكل وسائل الإثبات".

وبناء على نص هذه المادة فان أول ما يجب على المحكمة ان تدققه ابتداء الموقوفات حصرا وما يثبت كونها وقفا والموقوف عليهم حصرا ونوع الوقف ، وبالطبع فان مستندات هذه الجهات هي الأحكام القضائية الصادرة من مرجعها وقيود الطابو والحجج الوقفية المسجلة في المحاكم الشرعية ، اما المسجلة في دائرة أخرى ليست مختصة بالتسجيل قانونا فلا تعد دليلا مثبتا عدا دوائر الطابو التي اعتادت العمل على نقل الحجج في العمود الخاص عن حجة معتبرة لها أصل في المحاكم الشرعية أو محاكم المواد الشخصية ، وكذلك يعمل بالوثائق المعتمدة قانونا كسندات التسوية .

اما التعامل فان ما يقصد به في الوقف هو توارد العمل على أمر واحد في الوقف من ثلاثة متولين عليه متعاقبين وما يعد في التعامل في الوقف هو ما يتعلق بتوزيع الغلة وباستحقاق التولية ، اما ما عدا ذلك من شروط الواقف أو صيغته اللفظية فلا يثبت بالتعامل .

وتبين المادة كذلك انه إذا لم يكن هناك أحكام قضائية أو وثائق معتبرة تعين حصص المستحقين فان ذلك يثبت بالتعامل ، والتعامل يثبت بشهادات الشهود وبدفاتر المتولين المصادق على صحة حساباتها في المحاكم الشرعية ، وقد يثبت التعامل بأحكام قضائية ، وإنما يجنح إلى التعامل إذا لم توجد وثائق معتبرة قانونا تخالفه ، كما يشترط لاعتباره أيضا ان يكون المتولون المتتالون قد سلطوا على إدارة الموقوفات تسليطا شرعيا بنصيبتهم ممن يملك هذه الولاية شرعا^(٤٥١) .

(٤٥١) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق، ج٢، ص ٣٢٢ .

كما وضحت الفقرة (ب) من المادة أيضا ان يكون الوقف خاضعا في إثباته لجميع الأدلة الشرعية من إقرار وشهادة ونكول عن اليمين وقرينة قاطعة على التفصيل المعروف فقهاً وقانوناً^(٤٥٢).

في حين نصت المادة /٢١٧ من قانون الاسرة الجزائري على انه " يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة ١٩١ من هذا القانون " وبالرجوع للمادة /١٩١ نجد انها نصت على انه " تثبت الوصية : ١- بتصريح الموصي امام الموثق وتحرير عقد بذلك ٢- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية " .

وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق انه " بعد التدقيق والمداولة ، تبين ان المميز أقام الدعوى طالب الحكم على المدعي عليهم بمنع معارضتها للوقف في ارض النهر - المحدث قديما برقم المتروكة تسلسل ٥٨٣ - لسقي البساتين الموقوفة ، فصدر الحكم لمصلحة الوقف وفتح استئنافا وقد وجد ان عريضة الدعوى يظهر منها ان المدعي به هو ارض النهر المار من القطعة وليس القطعة كلها، غير ان الحكم البدائي صدر بمنع المعارضة في القطعة كلها، واصدر الحكم الاستثنائي بفسخه بحجة عدم كفاية الأدلة لإثبات عائدية المدعى به للوقف، وهذا الحكم غير صحيح وذلك لان الوقف يثبت بالتصرف ما دام المدعى به غير مسجل في دائرة الطابو بقيد دائم، كما يثبت بالشهادة على السماع دون ان تشترط رؤية الشهود وصدور الوقف من الواقف، وان عدم شمول المدعى به بحدود الوقفية لا ينفي كونه موقوفا لان المدعى به من توابع البساتين الموقوفة، وقد نصت الوقفية على شمول الوقف لتوابع البستان ولواصقها ومساقبها وكافة حقوقها ومرافقها وان خبراء الكشف البدائي أجابوا - عندما سألهم الحاكم عن توابع ولواحق وسواقي البستان الكبيرة الموقوفة - ... فلأسباب المذكورة قرر نقض الحكم ... وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٦٨/١١/١٩ " ^(٤٥٣).

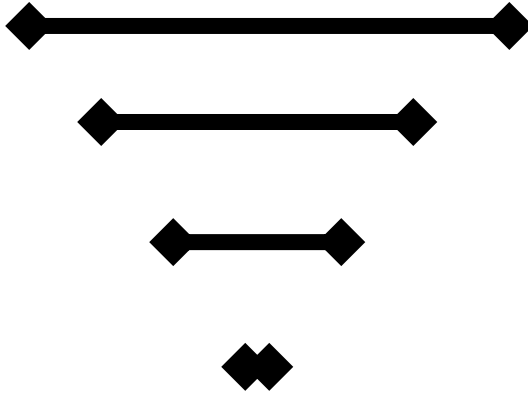
^(٤٥٢) ينظر : د. احمد الكبيسي ، مرجع سابق، ج٢، ص٣٢٣.

^(٤٥٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم /٣٤٤/ حقوقية /١٩٦٨، في ١٩٦٨/١١/١٩، نقلا عن: المرجع السابق،

وفي هذا الصدد أيضا جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية انه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون، ذلك ان سند العقار يشير إلى انه وقف خيري، لذا يتعين التصرف به وفقا لأحكام نظام المزايدات والمناقصات رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ المعدل وليس للمميز / المدعي ان يتمسك بسبق تخصيص الدار لسكنه على ان يستوفي ١٠% من راتبه كبديل ايجار، لان هذه التخصيص جاء مخالفا للنظام المذكور ولا يعتبر حجة على دائرة الاوقاف لاسيما انها فسرت جواز تخصيص بالنحو المتقدم للموظفين حصرا بالمجمعات السكنية التي يقيمها ديوان الوقف الشيعي، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في ١٣/ذي القعدة/١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/١١/١١ م" (٤٥٤).

وأخيرا اسأل الله تعالى أن أكون قد وفقته في عرض هذه الدراسة تحليلها، وان كنت قد أصبت فالله سبحانه وتعالى ألف حمد وألف شكر وله الثناء والمنة دائما وأبدا، وان كانت الأخرى لا سمح الله تعالى، فحسبي الله تعالى صدق اجتهادي ونيتي الخالصة له تعالى وإخلاصي في ذلك، والله الحمد أولا وأخيرا انه سبحانه نعم المولى ونعم النصير.

ومن الله تعالى التوفيق والسداد



الخاتمة

الخاتمة:-

تم بعون الله تعالى وفضله ومنه وكرمه ومساعدته وتوفيقه إكمال وإتمام هذه الدراسة المعمقة ، وبهذا ينتهي المطاف والكلام فيها وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه ، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فألى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولاً وأخيراً وله المنة في توفيقى وسدادى إلى الحق والصواب .

وهذا البحث والدراسة المعمقة حاولت فيه استيفاء أهم الجوانب المتعلقة بقضية مهمة من قضايا الساعة التي تطرح فتم توضيحها وعرض وجهات النظر فيها ، وقد شملت الدراسة على بيان الأحكام المتعلقة بحقوق الحمل دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة في الإثبات القضائي المدني التي تحتل مكانة بارزة و متميزة لأنها تعد من المسائل المهمة في الحياة ، فقد لعبت دوراً هاماً في حل الكثير من القضايا ، إذ اتضح لنا مدى أهميتها ودقة مسألها وكثرة تفرعاتها ، وأرجوا من الله تعالى أن تكون هذه الدراسة قد حققت غرضها في التأكيد على ما تتسم به حقوق الحمل عموماً من أهمية بالغة يتجلى صداها في جميع المجالات وخاصة في التشريع والفقه والقضاء . وقد توصلنا في أثناء هذه الدراسة إلى نتائج كثيرة ، فقمنا بتثبيتها في مواضعها من الدراسة ، وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وأسوقها على النحو الآتي:-

أولاً / النتائج:-

ثانياً / التوصيات :-

أولا / النتائج:-

بعد هذه الجولة في الاحكام المتعلقة بحقوق الحمل اتضح لنا مدى أهمية هذا الموضوع ، وتوصلت بفضل الله تعالى إلى جملة استنتاجات يمكن إيضاح أهمها وذلك وفق السياق الآتي :-

١- اتضح ان الشريعة الإسلامية رتبت للطفل قبل ولادته حقوقا تحقق بها مصالحه وتكفل له حياة سليمة مستقبلا، إذ ان ولادته لا تعد بداية حياته الحقيقية، إنما تدل على انه أنهى مرحلة وجاء إلى العالم الخارجي، تلك المرحلة التي أنهاها هي مرحلة الحمل التي يتكون فيها الفرد فعلا، وتتحدد معالمه الوراثية والجنسية ذكرا أو أنثى، حيث يكون له حياة تقديرية وشخصية ناقصة فيكون له أهلية وجوب ناقصة أي صلاحيته لأن يكون له بعض الحقوق دون الالتزامات، فثبت له احد عنصرى الأهلية وهو الإلزام دون الالتزام، ولهذا جعل له الاسلام حقوقا ، فأصبح من حقه ان يلتحق نسبه بأبيه وتصح له الوصية والوقف والهبة وغيرها ، ويجب تخصيص نصيب مفروض له من الميراث والاحتفاظ به فلا يكون مالكا حقيقيا لتلك الحقوق إلا بعد ان يستهل ويولد حيا، بل وصل الأمر إلى ان الاسلام اوجب على الوالدين العناية به قبل ان يخلق فوجه الأزواج إلى اتخاذ الوسائل الكفيلة لحمايته وصيانته من نزغات الشيطان عند وضع النطفة في الرحم وذلك بإتباع ما سنه الاسلام كما اوجب على الأم الحامل العناية بنفسها أثناء الحمل من اجل الحفاظ على الجنين فمنعها من فعل أي شيء يضر بالجنين ويلحق به الأذى ويؤدي به إلى الإجهاض أو الإسقاط، ورتب عقوبات بدنية ومالية تلزم من يتعدى على حق من حقوقه بصورة أو بأخرى كحقه الأول في البقاء حيا والحياة السليمة.

فقد حرم الاسلام قتل النفس الا بالحق وحرم الاجهاض لانه يعد قتلا لنفس بريئة وانتهاك للامانة والوديعة التي اودعها الله لدى الانسان ، واتضح ان جميع المذاهب الإسلامية متفقة على منع الاجهاض منعا باتا حتى إذا كان الجنين مشوها تشويها شديدا، وذلك بعد نفخ الروح فيه أي بعد ١٢٠ يوما من تلقيح البويضة ، الا إذا كان استمرار الحمل سيؤدي إلى موت الام الحامل ، اما قبل نفخ الروح أي قبل تمام اربعة اشهر والتي يحدونها بـ ١٢٠ يوم من بدء التلقيح، فقد اختلفت اتجاهات الفقهاء المسلمون فمنهم من لا يسمح بالاجهاض مطلقا منذ اللحظة التي تستقر فيها النطفة في الرحم، ويمثلها الائمة المالكية والامام الغزالي من الشافعية وابن رجب الحنبلي من الحنابلة ، ومنهم من يسمح به في حدود الاربعةين يوما عند وجود مرض ويمثلها رأي الائمة الشافعية عدا الامام الغزالي والحنابلة عدا ابن رجب ، ومنهم من يسمح بالاجهاض ما دام قبل نفخ الروح أي قبل مرور ١٢٠ يوما منذ بدء الحمل عند وجود سبب قوي لذلك وان لم يبلغ حد الخطر على حياة الام الحامل ، ويمثلها بعض الائمة من الاحناف والحنابلة .

٢- تبيين ان تنظيم الاسلام لأمر النسب مبنى على أساس الحرص على مصلحة الأولاد وعدم تركهم عرضة للضياع والتشرد وعلى أساس المحافظة على الأسرة والمجتمع من خلال دقته في وضع القواعد المنظمة للنسب بشكل يمكن الاعتماد عليه في كل وقت وحين، إذ كانت طريقة تناوله للموضوع مبنية على أساس عرض الجزئيات المتعلقة به ثم التوسع فيها ووضع الحلول والقواعد المناسبة لها، لذا فان الموضوع يحتاج إلى صياغته في نظرية عامة تتضمن كل ما تناوله الفقهاء المسلمون في هذه المسائل بحيث يصلح الاعتماد عليها في الوقت الحاضر.

٣- تبيين ان المقنن العراقي لم يكن دقيقا في مسألة تنظيم النسب ومعالجتها في قانون الأحوال الشخصية، فلا بد من إعادة تنظيم أحكام النسب ومحاولة وضع نظرية عامة ومتكاملة، فضلا عن إكمال الثغرات والنقص الموجودة في المواد الخاصة به، لأنها حقيقية قاصرة عن استيعاب كل ما يعرض من حالات ودعاوى تتعلق بالنسب في ساحات القضاء، خاصة في هذا الوقت الذي كثرت فيه الادعاءات والافتراءات في هذه الأمور، فقانون الأحوال الشخصية العراقي لم ينص على اقل مدة للحمل وهي ستة أشهر، كذلك لم ينص على حالة ثبوت النسب سواء من النكاح الفاسد أم الدخول بشبهة أم من المعتدة من طلاق رجعي أو بائن أو من الوفاة، مع عدم تحديده أقصى مدة للحمل أيضا، لذلك نقترح تحديد أقصى مدة للحمل في القانون وجعلها سنة شمسية أو (٣٦٥) يوما لتشمل جميع الحالات النادرة التي يمكن ان تحدث ، تماشيا مع الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية المباركة وأسوة بقوانين الدول العربية الاخر ورأي الأطباء ، مع فسح المجال امام القاضي للرجوع في كل حالة تعرض عليه إلى الخبرة أو رأي الطب الشرعي وذلك لاختلاف مدة الحمل من امرأة إلى أخرى .

٤- اتضح لنا من خلال البحث ان مسألة اثبات النسب كانت معروفة قديما أيضا ، وان هناك طرق عديدة لاثبات نسب الجنين سواء في القانون الروماني القديم ام عند الشريعة النصرانية واليهودية .

٥- تبيين لنا ان السبب الحقيقي في ثبوت النسب هو الدخول، وهذا الأمر بالطبع من الامور الخفية والخاصة التي لا يمكن لاحد الاطلاع عليها، ولهذا لا يمكن الاعتماد على واقعة الدخول في اثبات النسب، لذلك تم العدول عنها إلى السبب الظاهر والشرعي للدخول الا وهو العقد الصحيح ، ويتوافر شروط اساسية معينة .

٦- خلصنا إلى ان الاقرار يعد الوسيلة الثانية لثبوت نسب الجنين ، فهو الطريق الطبيعي لثبوت النسب وهو ليس من الاسباب المنشئة للنسب بل هو طريق لاثباته وظهوره، أما السبب الحقيقي المنشئ للنسب هو الولادة بالنسبة للام والاتصال الجنسي بناء على عقد صحيح أو نكاح فاسد أو الدخول بشبهة بالنسبة للأب، لان عقد الزوجية يقتضي اختصاص كل زوجة بزوجها وليس لغيره ان يستمتع بها فاذا ما حملت بجنين فهو منه ، لهذا يعد الفراش الصحيح وما يلحق به من الادلة الخاصة باثبات النسب وحده فلا يستعمل في غيره.

٧- تبين لنا نسب الجنين إذا ثبت بالاقرار وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفي، لان النفي يكون انكارا بعد اقرار فلا يسمع، واذا انكر الورثة نسب الجنين بعد الاقرار لا يلتفت اليهم لان النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو اعلم من غيره بما اقر به فيرجح قوله على قول غيره، فاذا ما اقر والدي الطفل بينونة لهما حال حياتهما وحتى تاريخ وفاتهما فلا يجوز اطلاقا نفي نسبه من قبل الغير بعد وفاتهما لانه يخالف أحكام الشرع والقانون في هذا المجال .

٨- اتضح لنا من خلال البحث ان البيئة تعد اقوى حجة وسبيل لاثبات نسب الجنين فالثابت بها من الانساب اقوى من الثابت بالاقرار أو الدعوى لان البيئة اقوى الادلة، وعلى هذا إذا أدى رجل نسب جنين واقام البيئة على دعواه فهو احق من الذي يقر بنسبه لان النسب وان ظهر بالاقرار لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان لانها اقوى منه .

٩- تبين ان الاصل في الشهادة ان تكون بناء على معاينة المشهود به أو سماعه باحدى الحواس، الا انه استثناء اجاز الفقهاء المسلمون الشهادة بالتسامع والتي تسمى الاستفاضة أو الشهرة أو الاشتهار في امور معينة منها اثبات النسب، وذلك لان امور النسب مما لا يطلع على اسبابه الا الخواص من الناس وقد يتعلق بها أحكام تبقى على مدى الزمان، فاذا لم تجز فيها الشهادة بالتسامع أدى ذلك إلى الحرج وتعطل الاحكام، كما ان امور النسب تعد من الامور المهمة التي تبني عليها الكثير من الاحكام وتعلق باثباتها استقرار الكثير من الحقوق من الناس، ثم انها تتعلق بحق الله تعالى الذي يكون مطلوبا من كل الناس اظهاره وذلك لا يكون إذا اتبعت طريقة الشهادة عن طريق المعاينة ، ولهذا اجاز الشرع والقانون الشهادة بدون معاينة في امور النسب بناء على الاستفاضة .

١٠- تبين لنا خلال المقارنة بين التشريعات الوضعية انه لم يرد نص يتعلق بحقوق الحمل في الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة، وهذا يدل على قصور التشريع الوضعي عن الاحاطة بكل الحقوق لأنها موضوعة من قبل عقول بشرية لا تتمتع بالكمال، فالكمال لله تعالى وحده وهو القادر على ضمان الحقوق الكاملة للجنين قبل ولادته وقبل تخلقه، كما إن الإعلان العالمي للطفل لم يتضمن إلا شيئاً بسيطاً عن حقوق الجنين في المادة/٤ ، في حين كان الاعلان الاسلامي لحقوق الانسان الافضل على ما سبقه من الاعلانات العالمية للمقارنة وخاصة في مجال حقوق الجنين إذ اكد بالمواد /٢ و٧ على وجوب حماية الجنين، وكذلك بالمواد /٢٤ و٢٥ إذ بينت ان كل الحقوق المقررة في هذا الاعلان مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية التي هي المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أي مادة من مواد الاعلان ، وبهذا يتضح لنا ان النتائج الحتمية لتطور الابحاث العلمية والدراسات المقارنة وخاصة مع الشريعة الإسلامية، تؤكد ان الشريعة الإسلامية شريعة كاملة متطورة بذاتها صالحة لكل زمان ومكان على الرغم من تعاقب الدهور ، لأن مصدرها الله تعالى العظيم الخبير الخالق لعباده المشرع العدل والعليم باحوالهم جل جلاله سبحانه وتعالى عما يصفون، فعلم الله تعالى وقضاؤه وتشريعه رحمة احاطت بعباده من قبل ان تحيط عقولهم بها فسبحانك ربنا يا علام الغيوب .

١١- اتضح ان للجنين وهو في بطن امه اعتبارين اعتبار كونه جزء من امه واعتبار اخر لكونه نفسا مستقلة ، وبهذين الاعتبارين جعل له إهلية وجوب ناقصة فاثبتت له الحقوق الناقصة ولم تثبت له الحقوق التي تحتاج إلى قبول وهذا ما اقرته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية .

١٢- تبين ان حق الوصية للجنين يتفق مع حق الميراث للجنين عموما في ان كلاهما يعد تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت، فلا تنتقل الملكية فيهما إلى الغير الا بعد الموت غير انهما يختلفان في بعض الواجه، حيث ان الوصية ملكية اختيارية تنشئ بإرادة الموصي، في حين ان الميراث ملكية غير اختيارية فلا دخل لارادة المورث والوارث في تحققها، ثم ان اختلاف الدين يعد مانعا من موانع الميراث عموما، بينما لا يعد مانعا من صحة الوصية لانها وسيلة من وسائل التضامن والتكافل الاقتصادي بين افراد المجتمع بغض النظر عن اختلافهم في الدين واللغة وغيرهما، كما ان ملكية الورثة للتركة شائعة لا تتعلق بشيء معين فيها فلكل وارث نسبه معينة في جزء من أجزاء التركة، في حين ان ملكية الموصي له تنصب على جزء معين منها وهي العين الموصي بها هذا إذا لم يوصي بنسبة معينة من امواله كسدسها أو ربعها أو ثلثها لأنها في هذه الحالة تكون كالميراث .

١٣- اتضح لدينا ان هناك تفاوت في مواقف القوانين عموما في ما يتعلق بحقوق الجنين، إذ قيد القانون العراقي صحة الوصية للجنين في المنقول فقط في حالة اختلاف الدين، في حين جعلتها القوانين الاخر كالقانون الكويتي والمصري والسوري تصح بصورة مطلقة سواء كان منقولاً ام غير منقول، وتصح أيضا مع اختلاف الدارين شرط ان لا تمنع شريعة الموصي له بذلك، بينما القانون العراقي والسوري جعل الوصية للجنين تصح مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل .

١٤- تبين لنا انه لم يشترط الفقه الاسلامي ولا القوانين الوضعية عموما ان يكون الموصى به معيناً، بل تجوز الوصية وان كان الموصى به مجهولاً جهالة مطلقة أو يسيرة، والحكمة من ذلك هي التوسعة على الموصيين من جهة ، ومن جهة أخرى فان جهالة الموصى به مما يمكن ازالته من جانب الموصى نفسه قبل وفاته أو من قبل ورثته بعد الوفاة .

١٥- اتضح ان كلمة الفقهاء المسلمين منذ صدر الاسلام إلى يومنا هذا قد اتفقت ان الوصية في حدود ثلث التركة مشروعة بل مستحبة ومندوب إلى فعلها إذا ما توافرت الشروط والاركان لمشروعيتها، فيمكن عندئذ اثباتها بجميع وسائل الاثبات الشرعية، في حين ان القوانين عموما والقانون العراقي خصوصا قد جعل البينة الثبوتية عند الوصية للجنين هي الادلة الكتابية تقاديا لكثير من المشاكل التي تحدث بين ذوي العلاقة في أمر التركة، فلا تعتبر الوصية الا بدليل كتابي إذا كان الموصى به عقارا أو مالا منقولاً لا تزيد قيمته على خمسمائة دينار، ووجب تصديقه من كاتب العدل كما يجوز أيضا إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

١٦- خلصنا إلى أن تحاليل إثبات البينة تعد من الإجراءات الشائعة والتي كانت تستخدم في حل القضايا قبل ظهور فحوص البصمة الوراثية (D.N.A) إذ كان يعتد بالطرق التقليدية مثل فحص البروتينات والأنزيمات ، واتضح انه بالطرق التقليدية يمكن من خلالها استبعاد الأب في بعض الحالات إلا أنها لا تعطي درجات من الجرم قوية لإثبات البينة.

١٧- اتضح انه عند نمو الجنين في الرحم تنقسم هذه الخلية المخصبة عدة انقسامات وتشكل الى أنسجة وأعضاء ويتكون الجنين المكتمل أي أن المادة الوراثية الموجودة في الدم والعظام والشعر جميعها متشابهة للشخص الواحد.

١٨- انتهينا إلى انه في معظم قضايا إثبات البنوة تكون في الواقع إثبات (الأبوة) فالأم غالبا ما تكون معروفة ويتم أخذ عينة دم من الأب والأم والطفل (الأب المشتبه به إن وجد) وتجري عملية فحص الجينات ففي مثل هذه القضايا والتي تكون الأم معروفة أنها قد وضعت المولود يتم أولا تحديد الصفات المشتركة بين الطفل والأم حيث يرث الطفل نصف الصفات من أمه ومن ثم تتم عملية المقارنة بين باقي الصفات التي يحملها الطفل وبين الأب المشتبه به فإذا وجد أن الطفل يحمل بعض الصفات وهي غير متواجدة عند الأب المشتبه به فيتم استبعاد الشخص كأب بيولوجي وهذه نتيجة قطعية بأنه ليس هو الأب الحقيقي فالمرحلة الأولى تقوم على أسس تبرئة ساحة المشتبه بهم ظلما أو خطأ .

١٩- تبين أن الشريعة الإسلامية اهتمت بالأنساب اهتماما كبيرا وحثت على التنازل وحببت فيه عن طريق الزواج الصحيح وحرمت الاعتداء على الأنساب ، كما حرمت أيضا أن ينتسب الإنسان إلى غيره أبيه، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية الغراء شريعة متكاملة تكامل مطلق بوصفها وحيا الالهيا ربانيا من الله جل جلاله فلا عبرة بغيرها .

٢٠- ان الطفولة أساس المجتمعات وغدها المشرق ومن ثم فان إسباغ الحماية القانونية والشرعية الملائمة لها يضمن بناء هذه المجتمعات البناء الأمثل ويساعد في نموها وازدهارها .

٢١- ان الشريعة الإسلامية على اعتبار أنها شريعة العدل والمساواة والرحمة والإخاء قد أولت الطفولة أهمية وعناية لم تحظ بها في ظل التشريعات المختلفة سواء القديمة منها أو الحديثة حيث كفلت هذه الشريعة من خلال المبادئ التي جاءت بها الحماية المناسبة للطفولة باعتبار الغد الذي تتطلع إليه المجتمعات في البناء والازدهار .

٢٢- ان التفصيلات التي جاءت بها القوانين الوضعية الحديثة فيما يتعلق بحماية الطفولة ورعايتها والتي لم تنص عليها الشريعة الإسلامية في ظاهر نصوصها إنما تجد أساسها في القواعد العامة التي جاءت بها هذه الشريعة .

٢٣- تاكد لدينا جملة وتفصيلا أن الإسلام أتاح مبدأ الاجتهاد حتى لا تضيق الأنساب وتختلط ومن اجتهد فأصاب فله أجران ومن اجتهد ولم يصب فله اجر ، ولهذا قد اقر علماء الشريعة أن مصلحة الشريعة الإسلامية في الحفاظ على الأنساب ورعايتها لأنه يعد من مقاصد الشريعة الإسلامية ويندرج تحت الضروريات والأصوليات الأساسية الخمسة، التي تسعى الشريعة الإسلامية والشرائع السابقة للحفاظ عليها، ويعد من ضمن أهم المسائل الاجتماعية التي تقتضيها مصلحة المجتمع عموما، لان في ضياعها مفاصد أخلاقية خطيرة تؤدي إلى تفكك الأسر وانهيار الأخلاق والفوضى وتهدم المجتمع، فحرص على سلامة الأنساب وصونها ومنعها من الاختلاط ووضع القواعد والأحكام التي تنظمها فحرم التبني وإنكار الآباء نسب أولادهم إليهم، وحرّم الأمهات نسبة الأولاد إلى غير آباءهم الحقيقيين .

٢٤- خلصنا إلى نتيجة هامة جدا مفادها هي انه يجب أن نكون كلنا دعاة إلى الله تعالى ، بان ندعوا الجميع إلى اعتناق الدين الإسلامي الحنيف وان نكون مسلمين لله تعالى لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَتَّبِعْ عِبْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَيْرِينَ ﴾ (٨٥) سورة آل عمران / ٨٥ ، وان نبلغ العالم بأسره بوجوب عبادة الله وحده لا شريك له ، وطاعته وأداء فرائضه واجتباب نواهيه استنادا لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (٢١) سورة البقرة / ٢١ ، وقوله جل ثناؤه في هذا المجال أيضا : ﴿ وَإِذْ قَالَ لِقْمَنُ لِأَبْنَيْهِ، وَهُوَ يَعِظُهُ، يَبْنَىٰ لِأَشْرِكٍ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ ﴾ (١٣) سورة لقمان / ١٣ ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ يَبْنَىٰ أَقْرِ الصَّلَاةِ وَأَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ وَأَنَّهُ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأَصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ ﴾ (١٧) وَلَا تَصْعَرَ خَدَّكَ لِلنَّاسِ وَلَا تَمْشِ فِي الْأَرْضِ مَرْحًا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ ﴾ (١٨) وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ وَأَعْضُضْ مِنْ صَوْتِكَ إِنَّ أَنْكَرَ الْأَصْوَاتِ لَصَوْتُ الْحَمِيرِ ﴾ (١٩) سورة لقمان / ١٧- ١٩ .

كما نوصي الجميع أيضا بالإيمان بالله والعمل الصالح والاستقامة على ذلك ، وان نشهد الله تعالى وحمله عرشه وملائكته وجميع خلقه بان الله لا اله إلا هو وحده لا شريك له ، وانه هو الله الأحد الفرد الصمد الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوا أحد، وان محمدا (ﷺ) عبد الله ورسوله خاتم الأنبياء والمرسلين حبيبنا وقائدنا وشفيعنا عند الله يوم القيامة، بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه من ربه اليقين، فصلوات الله وسلامه عليه وعلى اله وأصحابه أجمعين ، ومن تبعه من الأنصار والمهاجرين ومن التابعين الأخيار وتابع التابعين بإحسان إلى يوم الدين.

٢٥- انتهت الدراسة والبحث في هذا الموضوع وخرجت ببعض المقترحات التي ينبغي الأخذ بها ليحقق المقصد الشرعي وسيتم توضيحها ان شاء الله تعالى لاحقا ضمن التوصيات انه تعالى الهادي الى الحق والى سواء السبيل.

تلك هي بإيجاز تام أهم نتائج الدراسة وهو ما وفقنا الله إليه ، واني لأعتبر ما توصلت إليه من نتائج على كبر أهميتها وعظيم فائدتها وكثير عنائها بما كلفني من جهد ووقت ، ليس إلا خدمة متواضعة أقدمها للشيعة الإسلامية والدين والفقهاء الإسلامي وللمسلمين وتبصيرا للقوانين الوضعية ، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فإلى الله تعالى يرجع الفضل والمنة والثناء الحسن ، وما قد أكون أخطأت فيه فمن نفسي ، وأستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة ، فقد آبى الله تعالى الكمال إلا لنفسه ، وآبى العصمة إلا لرسوله الكريم (ﷺ) ، وقرر النقص على جملة البشر .

وما أجمل عبارة العماد الأصفهاني : إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه هذا إلا قال في غده ، لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم الصبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر ، وما أبلغ أيضا عبارة إمامنا الشافعي رحمه الله تعالى كما يرويه عنه الإمام المزني ، حيث قال قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ ، فقال الإمام الشافعي ، أيه .. آبى الله تعالى أن يكون كتابا صحيحا إلا كتابه ، سبحانك يا الله جل جلالك يا عظيم آمنت بك فاكتبنا مع الشاهدين والصالحين والحامدين .

ثانيا / التوصيات :-

في ضوء النتائج المذكورة آنفا يمكننا أن نقترح التوصيات الآتية أملين الأخذ بها قدر الإمكان وذلك فيما يرضي الله تعالى وهي على الترتيب الآتي =

أولا :- المقترحات في نطاق قانون الأحوال الشخصية .

ثانيا :- المقترحات في نطاق قانون الإثبات .

ثالثا : المقترحات في نطاق القانون العام .

أولاً :- المقترحات في نطاق قانون الأحوال الشخصية :-

١- نقترح اضافة فقرات جديدة للمادة /٥١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي ، فضلا عن

إعادة صياغتها لتكون بالشكل الآتي :-

" ١- اقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية - مائة وثمانون يوما - واكثرها سنة - ثلاثمائة وخمسة وستون يوما - مالم تقرر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك .

٢- ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بالشرطين الاتيين : أ- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل ب- ان يولد مثل المولود لمثل من نسب إليه وان يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا .

٣- إذا ولدت المعتدة رجعيًا في اثناء عدتها ثبت النسب من المطلقة .

أ- وان ولدت بعد انقضاء عدتها بمضي المدة أو باقرارها بالانقضاء لا يثبت النسب إلا إذا ولدت قبل مضي ستة أشهر قمرية من تاريخ اعتبار العدة منقضية .

ب- تكون الولادة حينئذ دليل الرجعة واستمرار الزوجية .

٤- معتدة البائن أو الوفاة إذا لم تقر بانقضاء عدتها ، يثبت نسب ولدها إذا جاءت به خلال سنة - خمسة ستين وثلاثمائة يوم - من تاريخ البينونة أو الوفاة .

أ- ومع مراعاة أحكام الاقرار بالنسب إذا جاءت به لاكثر من هذه المدة لا يثبت نسبه .

ب- وإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحتمله ، يثبت النسب إذا ولدت لاقل من ستة أشهر قمرية من وقت اقرارها ، ولاقل من خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت البينونة أو الوفاة

٥- النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهة

أ- يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد ، أو الدخول بشبهة إذا ولج لسته أشهر قمرية فاكثر من تاريخ الدخول الحقيقي .

ب- وإذا ولد بعد المتاركة أو التفريق لا يثبت نسبه إلا إذا كانت الولادة قبل مضي خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ المتاركة أو التفريق " .

وبهذا تكون المادة/٥١ بفقراتها الجديدة من ١-٥ قد شملت اقل مدة الحمل واكثرها ، وحالة ثبوت نسب المولود سواء من طلاق رجعي أم بائن أم المعتدة من وفاة ، فضلا عن حالة ثبوت النسب من نكاح فاسد أو الدخول بشبهة .

٢- نقترح إعادة صياغة المادة / ٥٢ - ٢ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لتكون على النحو الآتي:-

" ٢ - إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبينه أو بتصديق الورثة في حالة المعتدة عن وفاة".

٣- ندعو إلى اضافة فقرة جديدة للمادة / ٥٢ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لتكون على الوجه الآتي:-

"٣- متى ثبت الاقرار الزم المقر به وبأثاره المترتبة عليه ولا يقبل منه بعد ذلك الرجوع عنه حتى بموافقة المقر له بعد بلوغه، أو الزوجين عليه أو ورثة احدهما، لتعلقه بحق الولد الذي لا يجوز جرده بعد ثبوته".

وذلك محاولة لبيان أستقلالية هذه المسائل واهميتها، فالنسب يثبت بالاقرار وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفي، لأن النفي يكون انكارا بعد إقرار فلا يسمع ، وأذا انكر الورثة نسب الصغير بعد الاقرار لا يلتفت اليهم لأن النسب قد ثبت بأعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو ادري من غيره بما اقر به فيرجح قوله على قول غيره.

٤- نقترح اضافة فقرات جديدة للمادة / ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لتكون بالصيغة الاتية :-

"٢- يعد الطفل الرضيع وحده دون اخوته واخواته ولدا للرضعة وزوجها واخا لجميع اولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه .

٣- لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أم كثيرا .

٤- يمنع التبني شرعا وقانونا".

٥- نقترح تعديل نص الفقرة (٢) من المادة / ٦٨ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لتكون على السياق الآتي :-

"٢- ان لا يكون قاتلا للموصي ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدا سواء اكان القاتل فاعلا اصليا ام شريكا أو كان شاهد زور ادت شهادته إلى الحكم بالاعدام على الموصي وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق وبلا عذر وكان القاتل مسؤولا جنائيا ويعد من الاعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي".

٦- نقترح تعديل نص الفقرة (٣) من المادة/٨٨ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لتكون على الصيغة الآتية:-

"المستحقون للتركة هي الاصناف التالية: ... ٣- الموصى له .".

٧- ندعو المشرع العراقي إلى ايراد نص قانوني يوجب ادخال الزوجين خاصة إذا كان مستواهم العلمي متدني بدورات يجتاؤها بنجاح عن حقوق الزوج والزوجة وتزويدهم بنشرات تبين لهم ذلك، ويفضل ان يكون بعد الفحص الطبي من اجل توعيتهم بحقوق الزوج .

٨- نوصي بضرورة الاهتمام بمسألة الفحص الطبي المفروض عند تسجيل عقد الزواج والتأكيد على انه يتم ذلك بدقة وبناء على فحوصات حقيقية لا مجرد شكليات تلافيا لما قد يحدث مستقبلا من نزاعات ، وما قد ينتج عن اصابة احد الزوجين بمرض قبل الزواج وتفاقمه بعده من اثر على الزوج الاخر وعلى اطفاله وذريته مستقبلا .

٩- ندعو المشرع العراقي إلى ايراد نص قانوني يوجب الاخذ بنظام الماذون الشرعي للزواج تلافيا للحالات التي تحدث عن جحود الزواج الخارجي والواقع امام الملالي غير المكلفين رسميا بذلك ، ويتم ذلك بالشكل الذي يضمن التعاون بينهم وبين المحاكم الشرعية وتسجيل العقود التي نظمها في هذه المحاكم بشكل منظم .

١٠- نوصي بانشاء مختبرات خاصة بشان اجراءات تحليل الفحوصات الطبية خاصة فحص الدم والبصمة الوراثية وتطابق الانسجة وغيرها من المختبرات الطبية الفنية بحيث تكون مرتبطة باجهزة وزارة العدل وتحت اشرافها ، واستحداث أقسام فيها تتعلق بالخبرة الطبية القضائية ليكون للخبير الطبي دور فعال وايجابي في اعانة القضاء ومساعدته في سبيل الوصول إلى حقيقة بعض الاوضاع والنزاعات التي تعرض على القضاء من اجل حسم الدعاوى، وذلك بالاستعانة والاستفادة من الخبرة الطبية القضائية للحصول على التحليلات والفحوصات العلمية الدقيقة القاطعة .

١١- نقترح ايراد فصل كامل في قانون الأحوال الشخصية العراقي يتضمن أحكام الكفالة بوضوح وتكون على السياق الآتي :-

" م/١ الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الاب بابنه وتتم بعقد شرعي

م/٢ يجب ان تكون الكفالة امام المحكمة أو امام الموثق وان تتم برضا من له ابوان

م/٣ يشترط ان يكون الكافل مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته

م/٤ الولد المكفول اما ان يكون مجهول النسب أو معلوم النسب

م/٥ يجب ان يحتفظ الولد المكفول بنسبه الاصلي ان كان معلوم النسب وان كان مجهول النسب تطبق عليه ما منصوص عليه من أحكام

م/٦ تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الاصلي

م/٧ يدير الكافل اموال الولد المكفول المكتسبة من الارث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول

م/٨ يجوز للكافل ان يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وان اوصى أو تبرع باكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا اجازه الورثة

م/٩ إذا طلب الابوان أو احدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وان لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول

م/١٠ التخلي عن الكفالة يتم امام الجهة التي أقرت الكفالة وان يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة ان التزموا بذلك وإلا فعلى القاضي ان يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية .

١٢- نقترح استحداث مادة قانونية توجب على القاضي اثناء عقد الزواج ان يبلغ بوضوح حقوق كل من الزوجين على الاخر وواجباتهم وتكون بالوجه الآتي :-

" على القاضي اثناء ابرام عقد الزواج افهام وتبليغ الزوجين بحقوق كل منهم تجاه الاخر وواجباتهم فضلا عن حقوقهم تجاه والدي واقارب الاخر واحترامهم وزيارتهم والتعامل معهم بالحسنى والمعروف ."

١٣- نقترح استحداث مادة قانونية أيضا تبين عموما حقوق وواجبات الزوجين لتكون على النحو الآتي :-

" يجب على الزوجين : ١- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة ٢- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة ٣- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم ٤- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات ٥- حسن معاملة كل منهما لابوي الآخر واقاربه واحترامهم وزيارتهم ٦- المحافظة على روابط القرابة والتعاون مع الوالدين الاقربين بالحسنى والمعروف ٧- زيارة كل منهما لأبويه واقاربه واستضافتهم بالمعروف " .

ثانياً :- المقترحات في نطاق قانون الإثبات :-

١- ندعو إلى اضافة فقرة جديدة للمادة /١٨ من قانون الإثبات العراقي لتكون بالصيغة الاتية:-

" أولاً :- للمحكمة تقدير الدليل المقدم في الدعوى من الناحية الموضوعية والشخصية وان ترجح دليلاً على آخر إذا تساوى بالحجية وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة ."

٢- نقترح تعديل نص المادة /٧٨ من قانون الإثبات العراقي لتكون على الشكل الآتي :-
" يجوز الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة ، وهي كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال " وبهذا فان النص المقترح يشمل إثبات ما تزيد قيمته على خمسة الاف دينار أو ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي أو ما اشترط القانون الكتابة لاثباته .

٣- نقترح تعديل نص المادة /٨٤ من قانون الإثبات العراقي لتكون على الوجه الآتي :-
" للمحكمة إكمال مبدأً الثبوت القانوني باليمين المتممة أو اكماله بالشهادة أو القرائن القضائية إذا ما وجدت في الدعوى ، وللمحكمة ان تاخذ بشهادة - رجل واحد أو امرأتين - مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها ، كما لها ان ترد شهادة شاهد أو اكثر إذا لم تقتنع بصحتها " .

٤- ندعو إلى إعادة صياغة الفقرة رابعا من المادة /٩٦ من قانون الإثبات العراقي وذلك على السياق الآتي :-

" رابعاً :- للخصوم ان يواجهوا بعد ذلك اسئلة بواسطة المحكمة ويبدأ بذلك الخصم الذي استشهد بالشاهد ولا يحق للخصم مقاطعة الخصم الاخر أو الشاهد ، وللمحكمة اخراج من ترى اخراجه من الخصوم في اثناء تادية الشاهد لشهادته إذا تطلب الأمر ذلك " .

وبذلك تضمن المادة اداء الشهادة على اكمل وجه للوصول إلى الحقيقة العادلة وضمانا لتسهيل مهمة الشاهد بعيداً عن تأثيرات الخصوم .

٥- نقتراح تعديل نص المادة /١٠٤ من قانون الإثبات العراقي لتكون على النحو الآتي :-
"للقاضي ان يعتمد على وسائل التقدم العلمي الحديث الرصينة في عمليات الإثبات القضائي"
وذلك لان تقييد النص السابق بقرينة يستفيد منها القاضي جعلت النص مقيداً في حدود ضيقة
جداً لان ما يجوز إثباته بالشهادة يجوز إثباته بالقرائن .

٦- نقتراح إضافة فقرات جديدة للمادة /١٣٢ من قانون الإثبات العراقي وذلك لتكون على الوجه
الآتي :-

" **ثانياً :-** على المحكمة الاستعانة بتحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية إذا تعلق الأمر
بقضايا النسب وتوافرت قرائن قوية تدعم صحة الادعاء ، ولها ان تاخذ من رفض احد الخصوم
ذلك قرينه على صحة الواقعة المراد اثباتها .

ثالثاً :- إذا اثبتت تحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية عدم توافر علاقة انتساب
بيولوجي بين الخصوم عد ذلك قرينة على نفي النسب بينهما "

٧- ندعو إلى اضافة فقرات جديدة إلى المادة /١٤٠ من قانون الإثبات العراقي لتكون بالشكل
الآتي :-

" **ثالثاً :-** على المحكمة ان تاخذ بالخبرة الطبية والعلمية الفنية البحتة في الأمور اللازمة
للفصل في الدعوى وان تضمن حكمها الاسباب التي اوجبت عدم الاخذ بها .

رابعاً :- للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير إذا لم يوفر لها القناعة الكاملة والكافية للحكم به
مبداً ثبوت قانوني فلها ان توجه اليمين المتممة إلى من يستفيد من تقرير الخبير لتعزيزه
واكمال قناعتها به " .

ثالثاً : المقترحات في نطاق القانون العام :

١- ندعو المشرع العراقي إلى اضافة فقرة جديدة إلى أحكام المادة /٦٩ من قانون اصول المحاكمات الجزائية تجيز للقاضي استعانته بوسائل التقدم العلمي الحديثة وبما توصل إليه التطور العلمي في مجال كشف الجريمة بما يضمن رعاية مصلحة العدالة من ناحية والحرية الشخصية للأفراد والمحافظة عليها من ناحية أخرى ، ونقترح ان تكون بالصيغة الآتية :

" د. للقاضي ان يستعين بوسائل التقدم العلمي الحديثة لكشف الجريمة بما يضمن رعاية مصلحة العدالة والحرية الشخصية للأفراد والمحافظة عليها " .

٢- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص الفقرة (٢) من المادة /٤١٧ من قانون العقوبات العراقي لتكون بالوجه الآتي :-

" ٢- ويعاقب بالحبس من اجهضها عمدا برضاها ...مدة لا تزيد على سبع سنوات . واذا افضى ذلك إلى موت المجني عليها وتم الإجهاض وكان برضاها يعاقب بالسجن المؤبد "

وبهذا نكون قد شددنا العقوبة عن حالة الإجهاض برضا الام وجعلناها الحبس بدل الحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة لتقليل الفرق بينهما وبين عقوبة الإجهاض بدون رضا الحامل وهي عشرة سنين لكون المصلحة محل الحماية في الحالتين هي الجنين في بطن امه ولكي لا يستحوذ رضا الام من عدمه في حالة الإجهاض على كل هذا الفرق الشاسع بين العقوبتين إذ تتعلق بالجنين مصلحته الذاتية ومصلحة المجتمع فضلا عن مصلحة الام ، كذلك فان هذه الاضافة إلى الفقرة تكون قد جرمت الإجهاض الذي يفضي إلى موت المجني عليها برضاها وبالعقوبة المناسبة له .

٣- نقترح إضافة فقرة جديدة تكون فقرة (٥) للمادة /٤١٧ من قانون العقوبات العراقي لتكون بالشكل الآتي :-

" ٥- لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبت الضرورة انقاذ حياة الام وذلك في الحالات التي ينقرر فيها الإجهاض لهذا السبب من قبل لجنة طبية مختصة من مؤسسة حكومية " .

٤- ندعو المشرع العراقي إلى تكملة الفقرة (٢) من المادة /٤١٨ من قانون العقوبات العراقي لتكون على السياق الآتي :-

" ٢- ... اما إذا ادى إلى موت المجني عليها فيعاقب حينئذ بالسجن المؤبد حتى ولو لم يؤدي الفعل إلى الإجهاض "

وبهذا تكون الاضافة إلى نص المادة قد جرمت الإجهاض الذي يفضي إلى موت المجني عليها إذا تم الإجهاض بدون رضاها وبالعقوبة المناسبة له .

٥- ندعو المشرع العراقي إلى احداث تعديل في نص المادة /٤١٩ من قانون العقوبات العراقي تؤدي إلى تشديد عقوبة الاعتداء عمدا على امرأة حبلى بالضرب أو الجرح أو بالعنف أو اعطاء مادة ضارة أو بارتكاب فعل اخر مخالف للقانون مع علمه بحملها دون ان يقصد اجهاضها وتسبب عن ذلك اجهاضها .

٦- أوصي بسد النقص والثغرات في قانون العقوبات العراقي في موضوع الزنا، بتجريم الفعل بكافة صورته وأحواله ووضع العقوبات المناسبة له ، بحيث يكون ايفاء لحق الله تعالى وإتباعا لتعاليم الشارع الحكيم وردعا للذين يحاولون ارتكابه، وتكون في الوقت نفسه ضمانا لإحقاق الحق وتوفير مصلحة الصغير والحفاظ على الرابطة الاسرية وحماية للعائلة والمجتمع ، بعدم اللجوء إلى إقرار الزنا تهريا من انتساب طفل إلى مدعٍ عليه بالنسب عالما انه لن يعاقب بإقراره هذا حتى لو ثبت انتساب الطفل إليه، فالزنا جريمة دينية وخلقية واجتماعية، لذلك حرمتها الشريعة الاسلاميه بل هي من اشنع الجرائم لأن فيها هدرا للكرامة الانسانية أولا، وتصديعا لبنيان المجتمع ثانيا، وتعريض النسل للخطر ثالثا، الذي يعد من الضروريات والكليات الخمس التي قررت جميع الاديان والشرائع حفظها.

٧- ندعو المشرع العراقي إلى وضع نصوص قانونية تحدد من خلالها الضوابط القانونية لعمليات التلقيح الصناعي من حيث تحديد الجوانب المباحة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وتجريم عمليات التلقيح الصناعي التي تتعارض مع احكامها ، وذلك لشدة خطورتها على اختلاط الانساب وتأثيرها البالغ على المجتمع والفرد ونقترح ان تكون على النحو الآتي:

" يجوز للزوجين اللجوء إلى وسيلة التلقيح الصناعي بعد خضوعهم للشروط الآتية: - ١- ان يكون الزواج شرعياً ٢- ان يكون التلقيح برضا الزوجين واثناء حياتهما حصراً ٣- ان يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، ولا يجوز بتاتا اللجوء إلى التلقيح الصناعي باستعمال الأم البديلة " .

٨- اقترح ايراد نصوص خاصة بحقوق الجنين في التشريعات والإعلانات الوضعية، كالاعلان العالمي لحقوق الانسان ولحقوق الطفل خاصة، بوجوب حماية الجنين ومنحه عناية خاصة له ولأمه الحامل به بحيث لا ينتهك أي حق من حقوقه.

٩- أوصي بزيادة التوعية بين أفراد المجتمع بواسطة وسائل الاعلام المختلفة والجمعيات ، عن حقوق الطفل قبل مرحلة الولادة وخاصة في حقه في الحياة والبقاء سليماً معافى، وزيادة توعية الابوين والام الحامل بضرورة العناية بالجنين واتخاذ الحيطة من كل الوسائل المؤدية إلى اجهاضه وخطورة هذه الجريمة والعقوبات الدنيوية والاخرية واثارها شرعاً وقانوناً، فضلاً عن توعيتهم بوجوب تغذية الجنين بالعناصر اللازمة لتكوينه ونموه وان يكون هذا الغذاء حلالاً مبرأً من كل حرام فلا يتغذى الجنين والام الحامل إلا من حلال لأن الابوين مسؤولان عن ذلك ويتحملان الوزر يوم القيامة.

١٠- أوصي وأؤكد بأن يبقى المرجع والمصدر الاصيل والاساسي الأول والاخير هو القران الكريم معجزة الله الكبرى ، ودستور الاسلام، ودليل الخلاص ودرج النجاة وسر العز والكرامة ومن طلب العز بغيره ذل ومن تهاون فيه هانت عليه نفسه وهان على الناس، وهو معين القيم والمثل السامية والاخلاق القويمة الرفيعة التي سطرت فيه الحقوق كاملة، ليس في حق الجنين فحسب بل في حقه قبل تخلقه في الرحم إلى حين ولادته فصيرورته فرداً وحتى وفاته وبعد وفاته أيضاً وهذا يعني بالضرورة عدم جواز مخالفة العمل بالاحكام الشرعية ، فيما إذا كانت النصوص القانونية متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ووجوب تغليب الأحكام الشرعية على النصوص القانونية عند تعارضهما ، وذلك لعدم دستورية النصوص القانونية المخالفة للأحكام الشرعية اصلاً وتحقيقاً لمبدأ وحدة التشريع ووضوحه ، ولأن الدساتير العربية وبالاخص العراقية الصادرة لا تجيز سن قانون يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية عموماً ، ووجوب تغيير العديد من النصوص القانونية أو محاولة إكمال النقص التشريعي فيها والتي لها صلة بموضوع دراستنا ، إذ ان بعض النصوص القانونية التي اشرنا إليها بالدراسة يشوبها النقص والتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وثوابتها ، من اجل إعادة سيادة الشريعة الإسلامية وتأكيد هيمنتها على واقع الحياة باستيفاء القوانين من مناهلها التي لا تتضب عند سن قانون جديد ، وتنقية القوانين من التعارض مع الشريعة الإسلامية ، كما لا يجوز مطلقاً تبني التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

١١- نوصي بسن القوانين التي تسهل تقنية البصمة الوراثية ووضع اللوائح الخاصة بتطبيقها حتى يمكن تلافي أخطاء المختبرات الجنائية وتدعيم ايجابيات استخدام البصمة الوراثية في سبيل مكافحة الجرائم وتعقب مرتكبيها، ومناقشة السبل الكفيلة بالاستفادة من تقنية البصمة الوراثية بما يتفق وأحكام الشريعة الاسلامية في أن البراءة ثابتة بيقين ولا تزول الا بيقين مثله ووجوب درء الحدود والقصاص والتعزير بالشبهات .

١٢- ندعو مشرعي القوانين في الدول العربية والاسلامية بوجوب أن تضمن القوانين الجنائية نصوصا تسمح باللجوء الى البصمات الوراثية والعمل بموجبها في التحقيقات الجنائية والتعزير وتمنع اعمالها في مجال الحدود والقصاص ، نظرا لأن نتائج البصمة الوراثية مهما بلغت من الدقة الا أن احتمال الخطأ فيها وارد ، اما عن طريق تلوث العينات المستخدمة في التحليل واما عن طريق وجود عيب في طرق التحليل أو الاحصاء ، ولا شك أن هذه الاحتمالات شبهة والحد يدرأ بالشبهة .

وفي الختام احمد الله واشكره واتني عليه الخير كله، الذي اعانني ووفقني لهذا العمل الذي ابتغي فيه وجهه الكريم، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فان الله تعالى الفضل والمنة، وما قد اكون اخطأت فيه فمن نفسي واستغفر الله العظيم واتوب اليه توبة نصوحة، فلا بد للقلم من زلة ولا بد للقول من خلل، ولا بد للانسان من خطأ، إذ هو ابن ادم وكل بني آدم خطاء فلا ندعي بلوغ الكمال، فرحم الله عبدا انصفني، فما انا الا طالب علم بذل ما في وسعه، والكمال لله تعالى وحده جل وعلا، وانما سعينا إلى غاية نرجو بها ثواب الله تعالى، ونامل ان قد بلغنا منها مبلغا يحمد وموطئا يذكر ورضا من الله يدرك، وان يكون هذا العمل في ميزان حسناتي ويكون لنا صدقة جارية إلى يوم القيامة، فلك الحمد والمنة يا الله في الأول والاخر، وما توفيقى الا بالله عليه توكلت وهو رب العرش العظيم، وصلى الله على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد (ﷺ) وعلى آله وصحبه والتابعين لهم باحسان إلى يوم الدين واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

وبهذا ينتهي المطاف والكلام في هذه الدراسة المعمقة والموسعة بعد أن انتهينا من عرض النتائج والتوصيات ، وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا ، وله المنة في توفيقى وسداي إلى الحق والصواب ، وما قد يكون فيه من خطأ لا سمح الله تعالى فمني ، وأستغفر الله تعالى وأتوب إليه توبة نصوحة دائمة ما دامت السماوات والأرض إلى يوم القيامة ، وحسبي إلى الله تعالى أنني دائر في ذلك بين الأجر والأجرين إن شاء الله تعالى ، وأسأل الله تعالى الحي القيوم ، أن يصرف

عنا الهوى ويجنبنا الخطل وأن يكرمنا بحسن القول والعمل ، وأن لا يقطعنا من الرجاء في رحمته وعفوه ومن الأمل ، انه نعم المولى ونعم النصير .
والله تعالى اسأل التوفيق والسداد والرضا الدائم عنا ، وأن يجعله عملا خالصا لوجهه الكريم انه ولي ذلك والقادر عليه ، وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه انيب ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على النبي الشفيع سيدنا محمد (ﷺ) وعلى اله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين آمين يارب العالمين.

- تم البحث بعون الله تعالى وفضله وتوفيقه -

بِحَمْدِ اللَّهِ

ثبت المصادر والمراجع

وتشتمل ثبت المصادر والمراجع للدراسة عموماً على ما يأتي :
القرآن الكريم (كتاب الله تعالى ومعجزته الكبرى، ودستور الإسلام الخالد) ،
المصادر والمراجع العربية، وهي إجمالاً على التفصيل الآتي :

﴿ القرآن الكريم ﴾

المصادر والمراجع العربية :-

وتشتمل المصادر والمراجع العربية على : أولاً / كتب التفسير، وثانياً/ كتب الحديث الشريف ،
وثالثاً / كتب شرح الحديث الشريف ، ورابعاً / كتب أصول الفقه الإسلامي، وخامساً / كتب الفقه
الإسلامي ، وسادساً / كتب اللغة والمصطلحات والمعاجم ، وسابعاً / الكتب القانونية والعامية ،
وثامناً/ البحوث والمقالات العلمية في المجالات العلمية، وتاسعاً/ مجموعات الأحكام ، وعاشراً /
قرارات المحاكم غير المنشورة ، وحادي عشر / الاعلانات العالمية والتقنيات والقوانين، ثاني
عشر/ المواقع الالكترونية على الانترنت ، وذلك على الشكل الآتي :-

أولاً / كتب التفسير : -

- ١- الأمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي (٧٧٤هـ) ، مختصر تفسير ابن كثير ، العلامة الأستاذ محمد علي الصابوني ، ج١ ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، من دون سنة طبع .
- ٢- الشيخ محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن الكريم، ج ٢، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠٩.

ثانياً / كتب الحديث الشريف :-

- ١- الإمام احمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي (٤٥٨ هـ)، سنن البيهقي الكبرى، ج٧، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار ألباز، مكة المكرمة، ١٩٩٤.
- ٢- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤ - ٢٦١ هـ)، صحيح مسلم، ط١، تحقيق احمد زهوة واحمد عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٤.
- ٣- الإمام أبو داود سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي (٢٠٢ - ٢٧٥ هـ)، سنن أبي داود، ج ٣ و ٤، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٤- الإمام أبو عبد الرحمن بن شعيب بن علي الخرساني النسائي (٣٠٣ هـ)، سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية أسندي، ج٦، ط٣، اعتنى به عبد الرحمن أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٤.
- ٥- الإمام أبو عبدالله محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري (١٩٤ - ٢٥٦ هـ)، صحيح البخاري، ط١، تحقيق احمد زهوه واحمد عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٤.
- ٦- الإمام أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧ - ٢٧٥ هـ)، سنن ابن ماجه، ج١، حققه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، من دون سنة طبع.
- ٧- الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى سورة الترمذي (٢٩٧ هـ) . الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ط ١، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٤.
- ٨- الإمام محمد بن حبان (٣٥٤ هـ)، صحيح ابن حبان، ج٩، ط٢، تحقيق شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٣.

ثالثا / كتب شرح الحديث الشريف :-

١- محمد بن ياسين بن عبد الله، نيل المرام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج ٤، ط ١، مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل ، ١٩٨٥ .

رابعا / كتب أصول الفقه الإسلامي :-

١- الأمام أبي بكر محمد بن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري (٣١٨هـ)، الإجماع ، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٢- د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط ١، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ٢٠٠٩ .

٣- أ.د. وهبة الزحيلي ، الوجيز في أصول الفقه ، ط ٢٠ ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ١٩٩٥ .

خامسا / كتب الفقه الإسلامي :-

وتشتمل كتب الفقه الإسلامي على : كتب الفقه الحنفي ، وكتب الفقه المالكي ، وكتب الفقه الشافعي، وكتب الفقه الحنبلي ، وكتب الفقه الظاهري ، وكتب الفقه الجعفري ، وكتب الفقه الإسلامي العام ، وذلك وفق الصيغة الآتية :

أ- كتب الفقه الحنفي.

- ١- الكمال بن همام ، فتح القدير ، ج ٣ ، ط ١ ، مصر ، ١٣١٦ هـ .
- ٢- الإمام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (٤٩٠ هـ)، المبسوط شرح الكافي، ج ٢٩ و ج ٣٠، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٤٨ .
- ٣- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط ١ ، دار المعرفة ، بيروت ، من دون سنة طبع .
- ٤- الشيخ علاء الدين أبو بكر بن محمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ، مطبعة العامية ، القاهرة ، من دون سنة طبع .
- ٥- محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ١ و ٢، ط ٢، دار الفكر، بيروت، من دون سنة طبع .

- ٦- محمد امين بن عابدين، رد المحتار على درر المختار، ط٢، القاهرة، من دون سنة طبع .
- ٧- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية ، ج ١ ، ط ١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٠ .

ب- كتب الفقه المالكي .

- ١- مخلوف بن محمد البدوي المنيأوي (١٢٩٥هـ)، المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، المجلد الأول، ط١، دراسة وتحقيق أ. د. محمد احمد سراج وأ. د. علي جمعة محمد ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٩ .

ت . كتب الفقه الشافعي .

- ١- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي (٤٧٦ هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج١ و٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٥٩ .
- ٢- أبو الحسن علي بن محمد الماوردي ، الإقرار بالحقوق والمواهب والمواريث من الحاوي، تحقيق طاهر البرزنجي ، مكتب الشرق الجديد ، بغداد ، ١٩٨٧ .
- ٣- عبد الوهاب الشعراوي (٩٧٣ هـ)، الميزان وبهامشه كتاب رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، ج٢، ط١، مطبعة حجازي، القاهرة، ١٩٣٦ .
- ٤- الشيخ الإمام محمد بن محمد بن احمد بن بدر الدين الدمشقي المصري الشافعي، شرح الرحبية ومعه كتاب الدرّة البهية بتحقيق مباحث الرحبية، تأليف محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده بميدان الأزهر، مصر، من دون سنة طبع .
- ٥- د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، المجلد ٢، ط٨، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٧ .

ث- كتب الفقه الحنبلي .

- ١- موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة (٦٣٠ هـ)، المغني، ج٦، ط٣، مطبعة دار المنار، مصر، ١٩٥٢ .
- ٢- الأمام ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ط١، ترتيب وتيويب صالح احمد الشامي، المكتب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٢ .

ج- كتب الفقه الظاهري.

١- أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (٤٥٦ هـ)، المحلى، ج٩، طبع إدارة الطباعة المنيرية، ١٩٥٢.

ح- كتب الفقه الجعفري.

١- جعفر بن الحسن الهذلي (المحقق الحلي) ، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ، ج٢، بيروت ، ١٩٨٧ .

٢- محمد بحر العلوم ، أضواء على قانون الأحوال الشخصية العراقي ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ، ١٩٦٣.

خ- كتب الفقه الاسلامي العام.

١- د. احمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١ و ٢ ، ط٢ ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ .

٢- الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، بقلم مصطفى احمد الزرقا ، ط٦ ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١

٣- د. احمد حمد ، موضوع النسب في الشريعة والقانون ، ط١ ، الكويت ، ١٩٨٣ .

٤- احمد عيسى عاشور، الفقه الميسر في العبادات والمعاملات، ج٢، ط١، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١.

٥- د. احمد فتحي بهنسي، الدية في الشريعة الإسلامية، ط٤. مطبعة الشروق، القاهرة ١٩٨٨.

٦- بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ج١ و ٢ ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٧.

٧- بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الشباب الجامعة، القاهرة، من دون سنة طبع.

٨- الشيخ حسن أيوب ، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣.

- ٩- زكي الدين شعبان ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، ط٢ ، منشورات الجامعة الليبية ، ١٩٧١ .
- ١٠- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٨٨٨ .
- ١١- السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد ٣ ، ط١ ، مكتبة الرشيد للنشر والتوزيع ، الرياض ، ٢٠٠١ .
- ١٢- د. شوقي زكريا أوصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ١٣- د. شوكت عليان ، الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الإسلامية ، ط١ ، الدار العربية ، الرياض ، ١٩٧٨ .
- ١٤- عادل بن يوسف العزازي ، فتح الكريم بأحكام الحامل والجنين ، قدم له الشيخ محمد صفوت نور الدين ، ط١ ، دار ابن الجوزي ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
- ١٥- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج٣ ، اعتنى به نجيب الماجدي واحمد عوض أبو الشباب ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
- ١٦- د. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي ، القسم الثاني ، ج٢ ، ط٢ ، مطبعة المدني ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
- ١٧- د. عبد الله محمد الجبوري ، فقه المعاملات والجنايات ، القسم الثاني في الجنايات ، ط١ ، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع ، بغداد ، ١٩٨٩ .
- ١٨- د. عبد العزيز خليل بديري ، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
- ١٩- د. عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ط٢ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٦ .
- ٢٠- د. عبد الكريم زيدان ، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ، لبنان ، ١٩٨٢ .
- ٢١- د. عطية مشرفه ، القضاء في الإسلام ، ط٢ ، مطبعة دار الغد ، مصر ، ١٩٦٦ .
- ٢٢- د. علي احمد السالوس ، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي ، ط١٠ ، دار الثقافة ، قطر ، ٢٠٠٨ .

- ٢٣- د. محمد احمد درنيقة ، الموجز في الحضارة الإسلامية ، ط ١ ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ٢٠١٠ .
- ٢٤- محمد الحبيب التجكاني ، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات القانون الوضعي ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، من دون سنة طبع .
- ٢٥- محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٥٨ .
- ٢٦- محمد سلام مذكور ، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ .
- ٢٧- الشيخ محمد علي الصابوني ، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، من دون سنة طبع .
- ٢٨- الشيخ د. محمد صدقي بن احمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزي ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، ط ٥ ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٢ .
- ٢٩- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد ، دار ابن الأثير للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٨ .
- ٣٠- د. مصطفى الرافي ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية ، ط ١ ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، ١٩٨٣ .
- ٣١- أ. د. وهبة الزحيلي ، العقوبات الشرعية والاقضية والشهادات ، ج ٤ ، منشورات كلية الدعوة الإسلامية ، لبنان ، من دون سنة طبع .
- ٣٢- أبو اليقظان عطية فرج الجبوري ، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية ، ط ٢ ، دار الندوة الجديدة ، بيروت ، ١٩٨٦ .

سادسا / كتب اللغة والمصطلحات والمعاجم :-

- ١- الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، المجلد ١، دار صادر، بيروت، من دون سنة طبع.
- ٢- فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط ٢٢، دار المشرق، بيروت، ١٩٧٨
- ٣- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٦ هـ)، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨١.
- ٤- محي الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط ، ط٧، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٣.

سابعا / الكتب القانونية والعامّة :-

- ١- د.أحمد زكي صالح، علم النفس التربوي، ط ٥، مطبعة البيان العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- ٢- د.أحمد شوكت الشطي ود.زياد درويش ، الطب الشرعي، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ١٩٦٢ .
- ٣- د.أحمد هاشم العطار ، ملامح حقوق الإنسان في شرائع العراق القديم ، ط ١ ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ٢٠٠٤ .
- ٤- د.أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج ٢ ، ط ٧ ، ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٢ .
- ٥- جستنيان ، مدونة جستنيان في الفقه الروماني ، عالم الكتب ، بيروت ، من دون سنة طبع.
- ٦- د.جعفر أفضلي ود.منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية، ط ١، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٧.
- ٧- د.جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣ .

- ٨- د. حمد عبيد الكبيسي ود. احمد علي الخطيب ود.محمد عباس السامرائي، شرح قانون

- الأحوال الشخصية، ط ١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠.
- ٩- د. سليمان عبد الرحمن الحقييل، حقوق الإنسان في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، ط ١، مطبعة مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، ٢٠٠٠.
- ١٠- سيد عبد الله حسين ، المقارنات التشريعية ، ج ١ ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٤٧ .
- ١١- طه كاسب الفلاح الدروبي، المدخل إلى علم البصمات ، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٥ .
- ١٢- أ.د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم في الإثبات المدني، ط ١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٢ .
- ١٣- أ.د. عباس العبودي، شرح أحكام البينات الجديد المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٤ .
- ١٤- أ.د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٠ .
- ١٥- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٨٩.
- ١٦- د. عبد الغني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، ج ١ ، الدار الجامعية للطباعة والنشر والترجمة ، بغداد ، ١٩٨٢.
- ١٧- علاء الدين خروفة ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٣ .
- ١٨- أ.د. عماد الدين خليل و أ.د. موفق سالم نوري، مدخل إلى الثقافة الإسلامية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٤.
- ١٩- د. عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني ، ط ٤ ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦١ .
- ٢٠- د. غسان خليل ، حقوق الطفل ، التطور التاريخي منذ بدايات القرن العشرين ، وزارة حقوق الإنسان ، بغداد ، ٢٠٠٥ .

- ٢١- د. فاروق عبد الله كريم، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤.
- ٢٢- د. فوزي رشيد ، الشرائع العراقية القديمة ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٨٧ .
- ٢٣- د. فوزي رشيد ، القوانين في العراق القديم ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٨٨ .
- ٢٤- د. فيصل شنتاوي ، حقوق الإنسان والقانون الدولي والإنساني ، ط ٢ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ .
- ٢٥- أ.د. ماهر صالح علاوي الجبوري وآخرون ، حقوق الإنسان والطفل والديمقراطية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة تكريت ، ٢٠٠٩ .
- ٢٦- د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨.
- ٢٧- د. محسن ناجي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط ١ ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٦٢ .
- ٢٨- د. محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ، الإسكندرية ، ١٩٨٣ .
- ٢٩- د. محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام، ط ٢، دار الكلم الطيب للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، ١٩٩٧.
- ٣٠- د. محمد فتحي عثمان، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٤.
- ٣١- د. محمد مصطفى الجمال ، قانون الأسرة لغير المسلمين ، الدار الجامعية ، بيروت، ١٩٨٧ .
- ٣٢- د. محمود الحاج قاسم محمد، حقوق وحرية الإنسان في الإسلام، ط ١، مطبعة الانتصار، الموصل، ٢٠٠٣.
- ٣٣- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ود. احمد على الخطيب، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول والثاني، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢.

- ٣٤- د. مفتاح محمد اقريط ، الحماية المدنية والجنايئة للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
- ٣٥- د. موسى مسعود ارحومه، قبول الدليل العلمي امام القضاء الجنائي دراسة مقارنة، ط١، منشورات خان يونس، بنغازي، ١٩٩٩ .
- ٣٦- د. لويس شمعان، الطب العدلي التطبيقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١.
- ٣٧- د. وصفي محمد علي ، الطب العدلي علما وتطبيقا ، ج ٢ ، ط ٥ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- ٣٨- د. هاشم الحافظ و د. دم وهيب النداوي ، تاريخ القانون ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٨٩ .

ثامنا / البحوث والمقالات العلمية في المجالات العلمية:-

- ١- د. حسن صادق المرصفاوي، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ، المجلة الجنائية القومية ، المعهد القومي للبحوث الجنائية ، ع ٣ ، القاهرة ، ١٩٥٨ .
- ٢- د. سليم إبراهيم حربة، القتل بدافع الرحمة، مجلة القانون المقارن ، جمعية القانون المقارن العراقية، بغداد، ع ١٨ ، ١٩٨٦ .
- ٣- سهى حميد سليم ، جرائم العنف المرتكبة ضد النساء اثناء المنازعات المسلحة ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ١٢ ، ع ٤٥ ، س ١٥ ، ايلول ، ٢٠١٠ .
- ٤- أ.د. عباس العبودي ، الحجية القانونية لفحص الدم في اثبات قضايا النسب ، مجلة العدالة العراقية ، وزارة العدل العراقية، ع ٢ ، ١٩٩٩ .
- ٥- د.فواز صالح ، حجية البصمة الوراثية في اثبات النسب ، مجلة الشريعة والقانون ، اكااديمية نايف للعلوم الامنية ، الرياض ، ع ١٩ ، ٢٠٠٣ .
- ٦- د. ليلي عبد الله سعيد، موقف الشريعة الإسلامية من الطفل، مجلة العدالة العراقية ، وزارة العدل العراقية، ع ٢ ، س ٥ ، ١٩٧٩ .
- ٧- مجلة الام والطفل، جمعية الهلال الاحمر العراقية، ع ٤٠٨ - ٤٠٩ ، س ٣٦ ، ١٩٨٢ .
- ٨- مجلة القضاء العراقية، نقابة المحامين العراقيين، ع ٢١ ، س ٥٥ ، ٢٠٠١ .
- ٩- د. محمد بن احمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، تعليق علي القاضي، مجلة التربية الإسلامية، جمعية التربية الإسلامية ، ع ٦ ، س ٣٣ ، شباط، ١٩٦٦ .
- ١٠- د. محمد عباس حمودي ، المصلحة محل الحماية في جريمة الاجهاض ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد ١٢ ، ع ٤٢ ، س ١٥ ، اذار ، ٢٠١٠ .
- ١١- د. محي هلال السرحان، التربية الإسلامية للاطفال مرحلة ما قبل الولادة، ج ٢ ، مجلة التربية الإسلامية ، جمعية التربية الإسلامية ، ع ٨ ، ١٩٦٦ .
- ١٢- مشروع القانون العربي الموحد للاحوال الشخصية الصادر عن الجامعة العربية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، ع ٢ ، س ٢ ، تشرين الأول، ١٩٨٥ .

تاسعا / مجموعات الأحكام :-

- ١- إبراهيم المشاهدي، مختارات من قضاء محكمة التمييز في الأحوال الشخصية، مطبعة الزمان، ١٩٩٩.
- ٢- عزه الضاحي، الاجتهاد القضائي في ربع قرن المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية من عام ١٩٥٣ - ١٩٧٩ .
- ٣- مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ع ١٤ ، س ١١ ، ١٩٨٠ .
- ٤- مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية، ع ٢، س ٨، ١٩٨٨ .

عاشرا / قرارات المحاكم غير المنشورة :-

وتشمل قرارات المحاكم غير المنشورة على قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية، قرارات رئاسة محكمة استئناف بغداد ، وقرارات محاكم الأحوال الشخصية العراقية ، وهي على الصيغة الآتية :-

أ- قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية .

- ١- قرار محكمة التمييز العراقية رقم /١٣٤١/شخصية /٢٠٠٠/ في ٢٦/٤/٢٠٠٠.
- ٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/١٠٠٦/شخصية أولى /٢٠٠٨/ في ٢٣/٣/٢٠٠٨ .
- ٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/١٩٩٢/شخصية أولى/٢٠٠٨/في ١١/١١/٢٠٠٨.
- ٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٧١١/شخصية أولى/٢٠٠٨/ في ٩/٣/٢٠٠٨.
- ٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٣٢٠/شخصية أولى/٢٠٠٧/ في ١٢/١١/٢٠٠٧ .
- ٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٥٤٢/شخصية أولى/٢٠٠٨/ في ١٥/١٢/٢٠٠٨ .
- ٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/١٦٦٢/شخصية أولى/٢٠٠٦/ في

٢٠٠٦/٥/٣١.

٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٢٩٠٠/شخصية اولى/٢٠٠٧ في
٢٠٠٧/١١/٣١ .

٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٦٤٤/شخصية اولى/٢٠٠٨ في
٢٠٠٨/١٢/٢٣ .

١٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٢١١/هيئة موسعة مدنية/٢٠٠٧ في
٢٠٠٨/٥/٢١ .

١١- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٤٩/الهيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ في
٢٠٠٩/٣/١٥ .

١٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/١٤٠٢/شخصية إلى/٢٠٠٨ في
٢٠٠٨/١٢/٣١ .

١٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/١٤٤/شخصية اولى/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/١٥ .

١٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٢٨٢٣/هيئة شخصية اولى/٢٠٠٨ في
٢٠٠٨/٩/٢١ .

١٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/١٩٦٤/م/٢/٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٢/١٦ .

١٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٢٨٤٦/م/٢/٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٢/٢ .

١٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٨/الهيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ في
٢٠٠٩/١/٢١ .

١٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٢٢١٧/هيئة الأحوال الشخصية الأولى/٢٠٠٨
في ٢٠٠٨/٧/٨ .

١٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٣٦/شخصية اولى/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/١٤ .

٢٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم/٢٦٦١/استئناف عقار/٢٠٠٨ في
٢٠٠٨/١١/١١ .

ب-قرارات رئاسة محكمة استئناف بغداد .

٣٣- قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية الهيئة التمييزية
رقم/٢٧٠/م/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٣ .

ج- قرارات محاكم الأحوال الشخصية العراقية .

١- قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية رقم /٢١١٦/ش/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/٦ .

٢- قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية رقم/٢٧٠/ش/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٤ .

حادي عشر / الإعلانات العالمية والتقنيات والقوانين :-

وتشتمل على: أ / الإعلانات العالمية :- ب / التقنيات:- ت / القوانين العربية:-
ث / القوانين الأجنبية :- وذلك على النحو الآتي :

أ- الإعلانات العالمية .

١- الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٨١ .

٢- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ .

٣- الإعلان العالمي لحقوق الطفل لسنة ١٩٥٩ .

ب- التقنيات .

١- مجلة الأحكام العدلية العثمانية الملغاة .

ت- القوانين العربية .

وتضم القوانين العربية على : القوانين العراقية والقوانين الأردنية والقوانين الكويتية والقوانين المصرية والقوانين السورية والقوانين الجزائرية والقوانين اللبنانية والقوانين الإماراتية والقوانين السعودية والقوانين البحرانية والقوانين العمانية والقوانين اليمنية ، وفق الترتيب الآتي :

أولاً:القوانين العراقية .

- ١- القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٢- قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- ٣- قانون الإثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.
- ٤- قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٥- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
- ٦- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ٧- قانون إدارة الأوقاف العراقي النافذ رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٩.
- ٨- مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي النافذ رقم ١ لسنة ١٩٥٥ المعدل.
- ٩- قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل .

ثانياً:القوانين الأردنية .

- ١- القانون المدني الأردني النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل.
- ٢- قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١.
- ٣- قانون البيئات الأردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل.
- ٤- قانون العقوبات الأردني النافذ رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل .

ثالثا:القوانين الكويتية .

١- قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

رابعا:القوانين المصرية .

١- قانون الأحوال الشخصية المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ .

٢- قانون الميراث المصري النافذ رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المعدل .

٣- قانون الوصية المصري النافذ رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ المعدل .

٤- قانون الإثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

٥- قانون العقوبات المصري النافذ رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل .

خامسا:القوانين السورية .

١- قانون الأحوال الشخصية السوري النافذ رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل.

٢- قانون البيئات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل.

٣- قانون العقوبات السوري النافذ رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٩ المعدل .

سادسا:القوانين الجزائرية .

١- قانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥ المعدل .

٢- قانون الأسرة الجزائري النافذ رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل.

٣- قانون العقوبات الجزائري النافذ رقم ١٥٦/٦٦ لسنة ١٩٦٦ المعدل .

سابعا:القوانين اللبنانية .

١- قانون حقوق العائلة اللبناني النافذ لسنة ١٩١٧ والمعدل بقانون تنظيم المحاكم الشرعية لعام ١٩٤٢ .

٢- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

ثامنا:القوانين الإماراتية .

١- قانون الاتحاد الإماراتي للأحوال الشخصية النافذ رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل .

٢- قانون الإثبات الاتحادي الإماراتي للمعاملات المدنية والتجارية النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل .

تاسعا:القوانين السعودية .

١- نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١ هـ المعدل.

عاشرا:القوانين البحرينية .

١- قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني النافذ رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ المعدل.

حادي عشر:القوانين العمانية .

١- قانون الإثبات العماني النافذ رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

ثاني عشر:القوانين اليمنية .

١- قانون الإثبات اليمني النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ المعدل.

ث- القوانين الأجنبية.

١- القانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤ المعدل . 1.Code civil LiTec paris 2003.

ثاني عشر / المواقع الالكترونية على الانترنت :-

١- قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية ،المتاح على الموقع الالكتروني الاتي :

[Http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/about.aspx#top](http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/about.aspx#top)

٢-د.حابس يوسف زيدان ، مفهوم الاجهاض وموضعه من السياسة الجنائية، منشور على الموقع الالكتروني منتدى رجل مصر .

www.egyptman.com

٣-قانون الزواج لجمهورية الصين الشعبية النافذ المجاز في الاجتماع ٢١ للجنة الدائمة

للمجلس الوطني التاسع في ٢٨/٤/٢٠٠١ والمتاح على العنوان الالكتروني الآتي :

www.Fmprc.gov.cn/ara/4323/.htm.

٤-صلاح الدين دكدك، وحدة فقه المعاملات في كلية الشريعة في فاس، المجلة القانونية، اثبات النسب بواسطة الخبرة الطبية والاعتماد على البصمة الوراثية، اعداد اشرف بداوي، ٢٠٠٦ منشور على الموقع الالكتروني الآتي :

www.maktoobblog.com.lazzdine-44.

٥-د. عبد الستار أبو غدة، فقه الطب وادابه، الكويت، ٢٠٠٦، منشور على الموقع الالكتروني الآتي:

www.islamicmedicine.org/ethics.htm.

٦-د.علي محي الدين القرداغي، البصمة الوراثية في منظور الفقه الاسلامي، بحث منشور على الموقع الالكتروني الآتي :

[Http://www.Themml.org/bodies/researches/default.aspx?t=10ccidi=170c1=AR](http://www.Themml.org/bodies/researches/default.aspx?t=10ccidi=170c1=AR)

٧-د.سفيان العسولي ، البصمة الوراثية، ٢٠٠٦، منشور على الموقع الالكتروني الآتي :

[Http://www.nooran.org/0/5/566.htm](http://www.nooran.org/0/5/566.htm).

٨-د.عارف سرحان علي، البصمة الوراثية تكشف المستور ، بحث منشور على الموقع

الالكتروني الآتي:

[Http://www.khavma.com/madina/m.zfiles/stamn.s.z.htm](http://www.khavma.com/madina/m.zfiles/stamn.s.z.htm).

١٠-جمال الحوشي ، البصمة الوراثية واثبات النسب، بحث منشور على الموقع الالكتروني الآتي:

www.nooran.org.pdf

١١-عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، بحث منشور على الموقع الالكتروني الآتي :

[Http://www.Termwl.org/bodies/researches/default.aspx?t=lacidi=16ga3=AR](http://www.Termwl.org/bodies/researches/default.aspx?t=lacidi=16ga3=AR)

١٢-مريم جراف ، لعاب ثلاثة اطراف لتحديد نسب الطفل وهوية مواطن، جريدة الاحداث المغربية، ٢٠٠٦، منشور على الموقع الآتي الالكتروني الاتي :

www.ahdath.info

13-WWW.FMPCR.gov.cn/ara/٤٣٢٣/htm .