

## دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب

الدكتور/ محمد محمد أبوزيد  
مدرس القانون المدني بكلية الحقوق  
جامعتي عين شمس والكويت

### تصدير

لا نخفي إحساسنا بالرهبة والهيبة عند البدء في معالجة جوانب هذه الدراسة. فمشكلة ثبوت النسب موضوع هذا البحث قد تناولها أسلافنا المسلمون باقتدار بالغ. إذن فنحن أمام تراث فقهي جليل يقتضي تناوله الحذر ثم الحذر. وازداد الإحساس بالرهبة والهيبة بسبب ما يراودنا من نية اقتراح بعض التعديلات التي يملئها تغير الزمان، رغم أننا نفعل ذلك في أناة وحرص، حيث يأتي هذا الجديد ممتداً في جذوره مع ذلك الماضي البعيد. ووصل الشعور بالرهبة والهيبة ذروته حيث أضيف إلى ما سبق تعلق البحث بالعقيدة الدينية.

إلا أن مناخاً من التسامح الفكري واسع النطاق كانت له السيطرة. فالحديث الشريف يقول: «من اجتهد وأصاب فله أجران ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد». ويقول أبو حنيفة، زعيم مدرسة الرأي، علمنا هذا رأي، وهو أحسن ما قدرنا عليه، فمن قدر على غير ذلك، فله ما رأى، ولنا ما رأينا». وذات المعنى يؤكد

مالك، زعيم مدرسة الحديث، إذ يرفض إلزام الناس بما ورد في كتابه الموطأ قائلاً  
ليس أحد إلا يؤخذ من قوله إلا رسول الله عليه الصلاة والسلام.

وها هو أحد رواد أدبنا الحديث، وهو المنفلوطي، يحفزنا على علو الهمة  
بقوله، إن العلم علمان: علم محفوظ، وعلم مفهوم. أما العلم المحفوظ، فيستوي  
صاحبه فيه مع الكتاب المرقوم. أما العلم المفهوم، فهو أن يضع فيه من مارسه  
مسألة، أو يكشف حقيقة، أو يصلح هفوة، أو يبتكر طريقة.

وهكذا تصاغرت الرهبة، وتضاءلت إلى أن تلاشت، ولم يبق منها إلا أثر  
تمثل في التشديد على الالتزام المهم الملقى على عاتق الباحث بوجه عام: التزام  
الأمانة العلمية، والتدقيق بقدر المستطاع.

## المقدمة

١ - تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية. ولذا فقد اهتم بها الإسلام اهتماماً بالغاً. فنهى الآباء عن أن يدعوا أبناء غير أبنائهم وينسبونهم إليهم<sup>(١)</sup> كما نهاهم عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم<sup>(٢)</sup>. وحرم على النساء أن ينسبن لأزواجهن من تعلمن أنه ليس منهم<sup>(٣)</sup>. كذلك نهى الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم<sup>(٤)</sup>.

هذا وقد أقام الإسلام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج. فجعل الثانية، وهى رابطة مقدسة، سبباً لثبوت الأولى. فالزواج يعد أداة تحليل مخالطة الرجل بالمرأة، بما يستلزمه ذلك من جعل الزوجة مختصة بزوجهما فى حق الاستمتاع ومحرمه على غيره. فإذا أثمرت هذه المخالطة نسلاً فإنه ينسب للزوج. ومن هنا تأتى أحد الأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية وهو «الولد للفراش»<sup>(٥)</sup>، ويراد بالفراش علاقة الزوجية التى بين الرجل وزوجته حين ابتداء

(١) «وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل» سورة الأحزاب. آية ٤.

(٢) «ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم» الأحزاب آية ٥.

(٣) يقول صلى الله عليه وسلم «أبىما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه - أى يعلم أنه ابنه - احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق».

(٤) يقول صلى الله عليه وسلم «أبىما امرأة دخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شئ» ولن يدخلها جنته».

(٥) يقول صلى الله عليه وسلم «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام».

(٥) وهو حديث شريف ونصه «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وفى لفظ البخارى الولد لصاحب الفراش. وفى بعض الروايات أن عتبة بن أبى وقاص عهد إلى أخيه سعد أن ابن جارية زمعه منه (أى من عتبة) فإذا ولدته فليقبضه إليه (أى يتولى سعد أمر هذا الابن) فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخى قد كان عهد إلى فيه.

فنازعه فى ذلك عبد بن زمعة وقال: أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال سعد يا رسول الله ابن أخى وقد عهد إلى فيه انظر إلى شبهه «ويقصد أن الولد يشبه أخاه عتبة فيكون هذا دليلاً على أنه ابنه» وقال عبد زمعة: أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه. فقال رسول الله عليه السلام: هو أخوك يا عبد ثم قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

حملها به<sup>(٦)</sup> فهو، أى الفراش، مرجع ثبوت النسب الشرعى. فالبينة تثبت للرجل الذى يربطه بمن ولدت، عقد زواج قبل علوق الحمل الذى نشأ عنه ذلك المولود.

ولقد أدرك فقهاء المسلمين خطورة هذه المسألة، فوضعوا من الأحكام ما يكفل صيانة الولد من الضياع، ويمنع اختلاط الأنساب، ويصون الأعراض. واجتمعت كلمة الفقهاء بشأن بعض هذه الأحكام، وثار الخلاف بينهم بشأن بعضها الآخر.

٢ - وأيا ما كان الأمر، فهذه الأحكام ترجع إلى ماض بعيد، ولذا فلا عجب أن يكشف العمل بها عن عدم مسايرة بعضها لحاجه العصر ومصالح الناس. فالأحكام المتعلقة بالنواحي الاجتماعية تتغير، لا شك، بتغير الظروف، والأحوال، وأخلاقيات الناس وسلوكهم<sup>(٧)</sup>.

وعندئذ فلا حرج أن يتدخل المصلحون، وذوو العلم، وأولو الأمر، ليأخذوا من آراء الفقهاء سواء من المذاهب الأربعة، أو غيرهم ما يكون أصح للناس. كذلك لا حرج أن يأخذوا بما يراه المتخصصون فى فروع العلم المختلفة.

وقد انطلقت من مصر، حيث كان القضاء يطبق أحكام المذهب الحنفى<sup>(٨)</sup>،

(٦) د. محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى. ط ١، ١٩٥٦ ص ٣٦١. فقرة ٤٨٣.

(٧) انظر د. أحمد إبراهيم - الموارث. ١٩٤٢. مكتبة عبد الله وهبة ص ٧. وانظر نص مقدمة المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الموارث وقانون الوصية.

(٨) كان للمذهب الحنفى المنزل الأول فى الأقاليم الإسلامية الخاضعة للدولة العباسية، وباعتبار مصر أحد هذه الأقاليم فقد اتبعته مذهباً رسمياً. ولذا كان القاضى حنفياً. أما المذهبين الشافعى والمالكي فقد وجدا سلطانهما فى الشعب. ولذا عين القضاة فى عهد الدولة الطولونية والأخشيدية من أنصار هذين المذهبين مع القاضى الحنفى. وفى عهد الدولة الفاطمية كان المذهب الرسمى هو مذهب الشيعة الإسماعيلية. ولما قامت الدولة الأيوبية ساد الأمر للمذهبين الشافعى والمالكي. وفى عهد المماليك كان القضاء من المذاهب الأربعة. ومنذ حكم محمد على اقتصر القضاء على المذهب الحنفى وقضى به فى مجال الأسرة وفى مجال المعاملات المالية. وعندما تواردت على مصر القوانين الأوروبية طبق القضاء أحكامها فى المعاملات المالية واقتصر مذهب أبى حنيفة على شئون الأسرة سواء فى الزواج، أو الهبات أو الوصايا أو الأوقاف أو الموارث.

أولى صيحات الإصلاح. فاستصدر أولو الأمر عدداً من القوانين لمعالجة كم من أحكام هذا المذهب والتي كشف العمل بها عن عدم مساهمتها لأحوال الناس<sup>(٩)</sup>. وفي مجال دراستنا، قد كان تدخل المشرع المصري بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث عدل، كما سنرى، عن المذهب الحنفى بشأن بعض الأحكام التى أسفر العمل بها، مع شيوع فساد الذمم، إلى الجراءة على ادعاءات نسب أولاد غير شرعيين، وقد تقدمت بها، فعلا شكاوى عديدة.

ولم يكن المشرع الكويتى، عند وضعه لقانون الأحوال الشخصية فى سنة

(٩) كانت أولى الخطوات فى سنة ١٩١٥ حيث شكلت لجنة من كبار العلماء الممثلين للمذاهب الأربعة برئاسة وزير الحقانية «العدل» لوضع قانون للأحوال الشخصية. ولم يكتب له أن يرى النور. ثم سحت الفرصة بعد ذلك لتشكيل لجنة فى عام ١٩٢٠ من شيخ الجامع الأزهر، وشيخ المالكية، ورئيس المحكمة العليا الشرعية، ومفتى الديار المصرية، ونائب السادة المالكية وغيرهم من العلماء. وأعدت هذه اللجنة نصوص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. وقد اشتمل هذا القانون على أحكام كثيرة عدل فيها عن مذهب أبى حنيفة وأخذ أكثر من مذهب الإمام مالك. ومن هذه الأحكام ما يتعلق بنفقة الزوجة، ومسألة التطلاق فى حالة عدم اتفاق الزوج على زوجته، أو فى حالة وجود عيب لا يمكن العشرة معه، ومسألة المفقود.

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ متضمنا بعض التعديلات فعالج مسألة سن الزواج بالنسبة للزوجين، ومنع المحاكم من سماع دعوى الزوجية فى حالة، المخالفة كما منع الموظف المختص بمباشرة عقود الزواج من إجراء عقد الزواج. ثم تلا ذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ليعالج مسائل تعدد الأزواج، والطلاق والنفقة والنسب والحضانة.

وسار الإصلاح إلى أقصى مداه فكان قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فنظم أحكام الميراث تنظيما كاملا ثم قانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ المنظم لبعض أحكام الوقف ثم صدر ق رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية ومن أهمها إجازة الوصية لوأرت ونظام الوصية الواجبة. وفى عام ١٩٥٦ ألفت لجان مختلفة لتعديل القوانين المصرية ومنها قانون الأحوال الشخصية. ولم تصدر بعد. والآن تراجع العديد من مشروعات قانون الأحوال الشخصية ولم يصدر بعد قانون فى هذا المجال ولذا يبقى العمل بالنسبة لهذا المجال طبقا لراجع الأقوال من مذهب أبى حنيفة فيما عدا ما نظم بنصوص خاصة فتصدر الأحكام فيها طبقا لتلك النصوص.

١٩٨٤<sup>(١٠)</sup>، بعيدا عن التأثير بموقف القانون المصري في هذا المجال. فحرص، كما سوف نرى، على أن يتتقى من أحكام المذاهب الإسلامية ما يقطع بقدر الإمكان أسباب مواطن مثل هذه الشكاوى.

وأكثر من ذلك، وعلى ما سوف نرى تفصيلا في موضعه المناسب، فإن المشرعين المصري والكويتي قد اتجها، تحدهما نبل الغاية، إلى قول الأطباء الإخصائيين، باعتبارهم أهل البصر والمعرفة في المسائل الطبية، لمعرفة حكم الوقائع على وجهها الصحيح.

٣ - واليوم تقدم لنا العلوم البيولوجية، في مجال فحص الدم الإنسانى، بما يكشف لا عن نفى النسب فقط، وإنما بما يكشف عن إثباته أيضا وبطريقة لا تقبل الشك<sup>(١١)</sup>، لدرجة أن سمى هذا الاكتشاف «ببصمة الأصابع» ويسمى علميا «ببصمة الحمض النووي». ويرمز له في اللغة الانجليزية بحرف "D.N.A" وفي اللغة الفرنسية بحروف "A.D.N"<sup>(١٢)</sup>.

(١٠) هو القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية وقد صدر في ٧ يوليو ١٩٨٤ ونشر في الجريدة الرسمية وعمل به من أول أكتوبر ١٩٨٤. وقبل العمل بهذا القانون، كان مذهب الإمام مالك هو المعمول به في الكويت سواء فيما يتعلق بالأحوال المالية أو الأحوال الشخصية. فهو مذهب الأمير والأسرة الحاكمة. والناس على دين ملوكهم. ويتضح ذلك من الرجوع إلى الأحكام القضائية القديمة في الكويت في الثلاثينات. وإلى جانب مذهب الإمام مالك كان يطبق مذهب الإمام جعفر الصادق وذلك بالنسبة للشيعة.

(انظر د. محمود عبد الرحمن السيسى - من المجلة العدلية إلى التشريع الكويتي الحديث. مجلة المحامى - ديسمبر ١٩٦٩ العدد الثانى. ص ٨٧ وما بعدها).

(١١) انظر من القيمة العلمية لهذا الاكتشاف في مجال إثبات النسب ما سيلي بند ٥٠ وما بعده.

(١٢) صاحب هذا الاكتشاف البروفسور Alex Jeffreys بجامعة (Leicestr) بانجلترا والذي يعمل رئيسا لمعمل الجينات الوراثية بالجامعة ومدير الأبحاث بمعمل البوليس القضائي. الرمز "D.N.A" هو اختصار انجليزي للمصطلح العلمي (الحمض النووي).

ديوكس ريبو نيو كليك آسيل Deoxy ribo nucleic acil

= والرمز "A.D.N" هو اختصار فرنسي للمصطلح العلمي Acide désoyribonucleique

وإزاء هذا الكشف العلمي المذهل، فإننا نتساءل عن مدى إمكانية استخدام هذا الفحص الحديث في مجال النسب.

إن الأصل الشرعي الذي يركز عليه نظام النسب - كما أشرنا - هو «الولد للفراش» وقد تناول الفقهاء المسلمون هذا الأصل بعناية كبيرة. فكانوا على قول واحد بشأن ضرورة تحقق الفراش، إلا أنهم اختلفوا بشأن الشروط اللازمة لإعمال هذا الأصل الشرعي. وبادرستنا لهذا النظام في الفقه الإسلامي، وللمعمول به في القانون الوضعي، فإننا سنكشف تفصيلاً عن حالات يمكن أن ينتفي فيها نسب الولد من صاحب الفراش، لا لكونه جاء من زنا، فهذا محظور شرعاً، ولكن لقيام الظاهر على أن الولد ليس منه.

وللإنصاف نقول إنه لم يكن متاحاً لأم الولد، من وسائل تكذيب به هذا الظاهر. ولكن لأن هذا الظاهر، كما سوف نرى، ليس يقيناً أو حتى مؤكداً، فقد أجمع فقهاء المسلمين على ثبوت نسب الولد إذا ادعاه صاحب الفراش ولم يقل إنه من الزنا. وهكذا يبقى انتفاء هذا الظاهر معلقاً على إرادة صاحب الفراش.

وإزاء ذلك الأمس غير المتاح فيه إلا الظاهر المتحكم فيه صاحب الفراش، وما يقابله اليوم من اكتشاف علمي في مجال فحوص الدم، نعود لتساؤلنا الذي سبق أن طرحناه وهو ألا يمكن الاستعانة بهذا الأسلوب العلمي الذي يمدنا، كما سوف نرى، بدليل مؤكد لا بشأن نفى البتوة فقط، وإنما بشأن إثباتها أيضاً، ولا سيما أنه أصبح دليلاً قوياً يسلم به القضاء الأجنبي في كل مشكلات إثبات النسب<sup>(١٢)</sup>.

---

انظر في ذلك: د. بدر الخليفة - مادة الأدلة الجنائية المعملية ج٢ - مذكرات كلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٤-١٩٩٥ ص ١٣.  
وانظر:

Gilda Nicolau: L'influence des progres de la Genetique sur le droit de la filiation ed.

presses universitaires de Bordeaux - 1991

وبصفة خاصة ص ٣١ هامش ٢

(١٢م) انظر فيما سيلي بند ٥٤ وما بعده.

وإذ نحاول معالجة كل ما يتصل بالإجابة عن هذا التساؤل، فإننا نرى ضروريا البدء ببحث النظام الشرعى والقانونى لثبوت النسب. هذا الذى سيكشف بوضوح جلى عن وجود حالات يضيع فيها الولد وتختلط الأنساب. وهو ما يدفعنا، على الفور لبحث مدى إمكانية الاستفادة من هذا التقدم العلمى، محاولين التغلب على ما قد يثور من عقبات تواجه استخدام هذا التقدم فى أحد أهم مجالات القانون.

٤ - وهكذا تتبلور خطة البحث على النحو التالى.

**الفصل الأول:** النظام الشرعى والقانونى لثبوت النسب بالفراش.

**الفصل الثانى:** دور الفحص الحديث للدم فى ثبوت النسب بالفراش

٥ - ونرى من الملائم قبل التصدى لموضوع دراستنا أن نكشف عن طريقة البحث التى نتبعها.

**منهج البحث:** نعمل فى هذا البحث إلى انتهاج طريقة مقارنة وتاريخية.

فهى مقارنة، حيث نتناول ليس فقط الفقه الإسلامى، وإنما أيضا القانون المعاصر. وبشأن تناولنا للفقه الإسلامى فستعرض لموضوعات البحث فى ظل المذاهب الإسلامية المختلفة وإن كنا سنولى اهتماما خاصا للمذهب الحنفى باعتبار أن أرجح الأقوال فيه هى المعمول بها فى مجال الأحوال الشخصية فى مصر إلا ما نظم بنصوص خاصة. وبشأن تناولنا للقانون المعاصر سيكون استنادنا بوجه خاص إلى القانونين المصرى والكويتى، وهما من القوانين التى حرصت على استمداد أحكامها من الفقه الإسلامى.

وهى تاريخية، حيث لن نقف عند الكتب المتداولة للمحدثين فحسب، وإنما سنحاول قدر المستطاع الرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية فى الماضى البعيد.

## الفصل الأول النظام الشرعى والقانونى لثبوت النسب بالفراش

٦ - ثبوت النسب بالفراش، وفقا لنظامه الشرعى، يقوم على أساس أن الزواج الصحيح هو الذى يحلل للرجل مخالطته بالمرأة ويقصرها عليه وحده. فهو إذن الذى به تعتبر المرأة فراشا. ولذا يسمى بالفراش الصحيح ومن ثم فإن جاءت بولد فهو منه، واحتمال أنه من غيره أمر مرفوض لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس وعليه يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بينة تقيمها الزوجه.<sup>(١٣)</sup> ولا ينتفى إلا بتمام الملاعة الشرعية<sup>(١٤)</sup>. ويلحق بالفراش الصحيح - كما فرع فقهاء الشريعة الإسلامية - الفراش الفاسد. فالزواج الفاسد<sup>(١٥)</sup> يأخذ حكم الزواج الصحيح فى حق ثبوت النسب لأن النسب يحتاط فى إثباته إحياء للولد.

(١٣) د. بدران أبو العينين بدران - حقوق الأولاد فى الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة مؤسسة شباب الجامعة ص. ١٧. د. محمد مصطفى شلبى. أحكام الأسرة فى الإسلام. دار النهضة العربية ج ١٩٧٧ - ص. ٦٨٤. وانظر نقض مدنى رقم ١٠ لسنة ٤١ ق. ١ لسنة ٢٦ ص. ٣٥١. أحمد نصر الجندى ط ١٩٩٢ ص. ١٢٦٦.

(١٤) انظر فيما سبلى بند ٤١ وما بعده.

(١٥) الزواج الفاسد هو ما توافرت فيه أركان الإنعقاد وشروطه ولكنه تخلف فيه شرط من شروط الصحة: كالزواج بغير شهود، والزواج المؤقت، وجمع الرجل خمسة فى عصمته، والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو أختها.

انظر فى ذلك: د. محمد محبوب. الأسرة وأحكامها فى الشريعة الإسلامية ص. ١٣٥.

ود. عبد المجيد مطلوب. الوجيز فى أحكام الأسرة الإسلامية ١٩٩٤ - دار الفلسفة العربية ص ٧٣ وما بعدها

د. محمد فرحات. أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى ١٩٩٢ ص ١٠٢.

د. بدران أبو العينين. المرجع السابق ص ٢٣.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن من المقرر فى الفقه الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد ...

٣١ مايو ١٩٧٨ طعن رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٦ أحوال (٢٩ - ١) - ١٣٧٩.

ونفس الحكم بالنسبة لمخالطة الرجل للمرأة بناء على شبهة العقد أو شبهة الحل<sup>(١٦)</sup>، فإن الولد الذي تأتى به المرأة ينسب للرجل الذى خالطها.

وهذا هو المعمول به حالياً فى القانون المصرى، باعتبار أن ما لم ينظم بقواعد خاصة، فإنه يتعين الرجوع فى حكمه إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن من الأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، أن «الولد للفراش». وفرع الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح، وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد، أو بالدعوة فى وطء بشبهة<sup>(١٧)</sup>.

(١٦) الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم. وهى قسمان. شبهة عقد، وشبهة فعل. وشبهة العقد أن يجرى رجل عقد زواجه على امرأة، ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد وشبهة الفعل أن يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد. بل يقاربها غير متنبه إلى شىء أبداً، أو اعتقد أنها تحل له ثم تبين العكس (انظر د. بدران أبو العينين بدران. حقوق الأولاد فى الشريعة الإسلامية والقانون. المرجع السابق ٢٦ بالهامش. ومن صور الشبهة أيضاً أن يتزوج الرجل امرأة لم يرها وتزف إليه أخرى وهو لا يدري فيتصل بها. وقد يطلق الرجل زوجته ثلاثاً ثم يتصل بها فى أثناء العدة معتقداً أنها تحل له (انظر د. محمد على محجوب - الأسرة وأحكامها - ١٩٨٣ ص ٥٥٩).

وانظر جواد مغنية الأحوال الشخصية حيث جاء ص ٨١.

ومهما يكن فإن أصول التشريع عند السنة والشيعه، تستدعى عدم جواز الحكم على إنسان أنه ابن زنى. متى أمكن حمله على أنه ابن شبهة، فإذا توافر لدى القاضى تسع وتسعون حجة للحكم بأنه ابن زنا، وحجة واحدة بأنه ابن شبهة، وجب عليه الأخذ بهذه الحجة الأخيرة ترجيحاً للحلال على الحرام، وللصحيح على الفاسد لقوله تعالى ﴿اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم﴾. وثبت عن النبى بطريق السنة والشيعه «الحدود تدرأ بالشبهات، دع ما يريبك إلى ما لا يريبك».

(١٧) نقض مدنى فى ١٩٧٨/٥/٣١ - مجموعة النقض المدنى - طعن رقم ١٩ لسنة ٤٦ ق - أحوال شخصية (٢٩ - ١ - ٣) - ١٣٧٩.

ونقض مدنى فى ١٩٧٦/٢/٤ مجموعة النقض المدنى طعن رقم ١١ لسنة ٤٤ ق أحوال شخصية السنة ٢٧ ص ٣٨٩.

نقض مدنى فى ١٩٧٣/٤/٢٥ مجموعة النقض المدنى طعن رقم ١٩ لسنة ٣٩ ق. أحوال شخصية (٢٤ - ١١٩ - ٦٧٧).

نقض مدنى ١٩٦٦/١٢/٧ مجموعة النقض المدنى طعن رقم ١٤ لسنة ٣٣ ق أحوال شخصية (١٧ - ٢٦٢ - ١٨١١).

ولقد أخذ القانون الكويتي بنفس الأحكام فنص صراحة على ثبوت النسب بالفراش في الزواج الصحيح وما يلحق به<sup>(١٨)</sup> كالزواج الفاسد، والدخول بشبهة<sup>(١٩)</sup>.

إلا أن إعمال هذا الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية يتوقف على توافر عدد من الشروط أوضحها فقهاء الإسلام، واستمد منها القانون الوضعي أحكامه.

ونقدر أن دراستنا لهذه الشروط، أمر لا غنى عنه، إذ تمهد لنا السبيل لكشف بعض النتائج، وإن شئنا الدقة بعض المشكلات التي تدعونا، على ضوء ما توافر في زماننا من معطيات علمية، إلى البحث عن حل لها.

٧ - وعلى ذلك نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى مبحثين.

### المبحث الأول:

شروط ثبوت النسب بالفراش، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

### المبحث الثاني:

النتائج أو المشكلات المترتبة على التنظيم الحالي لثبوت النسب .

(١٨) انظر ١٦٩ م من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(١٩) انظر ١٧٢ م من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وكذا مذكرته الإيضاحية ص - ٢٧٥ حيث جاء:  
«أن الشبه ما يشبه الثابت وليس بثابت في نفس الأمر، وللفقهاء في تقاسيمها، وتسميتها اصطلاحات عديدة، والصحيح عند الحنابلة أن من باشر امرأة لا زوج لها بشبهة فأنت بولد، لحقه نسبه، وصرحوا بأنه لو تزوج رجلان امرأتين، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى غلطاً، فدخل بها وحملت، يلحق الولد بمن دخل بها، لأنه اعتقد الحل فيلحق النسب، كالدخول في الزواج الفاسد، وكما لو لم تكن ذات زوج، أو تزوجت امرأة المفقود الذي حكم بوفاته ثم بان حيا وقالوا: إذا بوشرت المرأة بشبهة في طهر واحد لم يباشرها فيه زوجها، فاعتزلها حتى تأتي بولد لستة أشهر من حين تلك المباشرة لحق الولد بالذي دخل بها، انتفى نسبه من الزوج من غير لعان. وإن أنت بالولد قبل ستة أشهر لحق الزوج بكل حال، للعلم بأنه ليس من الدخول بشبهة.  
وفرقوا بين الدخول بشبهة والزنى بأنه لا يعتد الحل في الزنى وقال الإمام أحمد «كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد».  
وقد أخذ المشروع في هذا الموضوع بالاجتهاد الحنبلي، لأنه أقرب إلى المصلحة في ثبوت الأنساب».

## المبحث الأول شروط ثبوت النسب بالفراش فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

٨ - إذا كان الفراش طريقاً لإثبات النسب، فذلك ليس بغير شروط. ومن الشروط ما يتعلق بالزوج، إذ يلزم أن يكون ممن يتصور منه الحمل. وبعضها يتعلق بالزوجين، إذ يلزم إمكان التلاقى بينهما. والبعض الآخر يتعلق بمدة الحمل.

ولا يثير الشرط الأول، فى تقديرنا، مشكلات خاصة فيما يتعلق بموضوع دراستنا، ولا سيما أنه محل اتفاق بين الفقهاء. ومن ثم ففى المراجع العامة ما يكفى عن تناوله تفصيلاً.

فقط نكتفى بالتعرض للشرطين الآخرين بقدر من التفصيل، حيث نفرد مطلباً مستقلاً لكل منهما على النحو الآتى.

### المطلب الأول إمكان التلاقى بين الزوجين

٩ - اتفقت كلمة فقهاء المسلمين على إمكان التلاقى بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النسب بالفراش، إلا أنهم اختلفوا حول مدلول هذا الإمكان، وإزاء هذا الاختلاف يثور التساؤل عن الموقف الذى تبناه القانون المعاصر. وهكذا تنقسم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين: -

الفرع الأول: نخصه لتحديد مدلول إمكان التلاقى بين الزوجين فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى: نوضح فيه الاتجاه الذى تبناه المشرعان المصرى والكويتى.

## الفرع الأول تحديد مدلول امكان التلاقى فى الفقه الإسلامى

١٠ - وجد بشأن تحديد مدلول إمكان التلاقى بين الزوجين، كشرط لثبوت النسب، ثلاثة اتجاهات، وهى على النحو الآتى: -

الاتجاه الموسع: مذهب أبى حنيفة وأصحابه<sup>(٢٠)</sup>

١١ - يرى هذا المذهب الاكتفاء بعقد الزواج الصحيح دون اشتراط ثبوت اتصال الزوجين وتلاقيهما. فما دامت مظنة الاتصال بينهما قائمة، أى كان التقاؤهما ممكنا عقلا، فإن الولد الذى تضعه الزوجة ينسب لزوجها. وقد افترض أنصار هذا المذهب بعض الفروض التى تبرر رأيهم، كقولهم إنه لو تزوج رجل فى المشرق بامرأة فى المغرب بينهما مسافة سنة وأتت بولد لسته أشهر من تاريخ عقد الزواج ثبت نسبه، لاحتمال أن يكون الزوجان من أصحاب الكرامات التى تطوى لهم المسافات. أما فى الزواج الفاسد، فيشترط الحنفية الدخول الحقيقى لثبوت النسب. والحجة فى ذلك هو أن الزواج الفاسد لا يحلل الاتصال الجنىسى بين الرجل والمرأة. ومن ثم لا يصح أن يقاس على الزواج الصحيح.

الاتجاه المقيد: مذهب الجعفرية وابن تيمية<sup>(٢١)</sup>

١٢ - لا يكفى لتحقق الفراش، طبقا لفقهاء هذا المذهب، إمكان التلاقى بل لابد من الدخول الحقيقى. وعللوا ذلك بقولهم بأنه كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج. وكيف تأتى الشريعة بإلحاق نسب من لم يدخل بامرأته ولا

(٢٠) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٤٧ .

(٢١) نيل الأوطار ج ٢ ص ٣٣٦. الزيلعى ج ٣ ص ٤٣. زاد المعاد ٤ ص ١٦٦، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٠ .

اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك، وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق<sup>(٢٢)</sup>.

ونفس الأمر بالنسبة للزواج الفاسد، والدخول بشبهة، فالعبرة هي بالدخول الحقيقي كشرط لثبوت النسب.

الاتجاه الوسط: مذهب جمهور الفقهاء<sup>(٢٣)</sup>

١٣ - لا يكفي لتحقيق الفراش، طبقا لهذا المذهب، وجود العقد الصحيح. بل يلزم أن يكون التلاقى بين الزوجين ممكنا عادة. فلا يكفي مجرد الإمكان العقلي كما هو شأن مذهب الحنفية. لأن الإمكان العقلي نادر الحدوث والأحكام الشرعية، إنما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر. وتطبيقا لذلك لا يثبت نسب الولد من الزوج في عقد الزواج الصحيح، طالما لم يثبت إمكان التلاقى الفعلي أو الحسى بين الزوجين.

١٤ - إن المتفحص لهذه الاتجاهات الثلاثة سرعان ما يلمس ميل بعضها نحو الإحتيال في ثبوت النسب، وميل بعضها الآخر نحو الاحتياط فيه. ويظهر أثر هذا الاختلاف عند التطبيق العملي.

فالاتجاه الموسع، وهو مذهب الحنفية يأتى، معبراً عن الإحتيال في ثبوت النسب، إذ أنه يقضى بثبوت نسب الولد للزوج، وعدم انتفائه عنه إلا باللعان سواء أثبت أن اتصل بزوجه أم لم يثبت.

(٢٢) وانظر حكم استئناف عليا - دائرة التمييز جلسة ١٩٨٥/٢/١١ طعن رقم ٨٤/٢٥ أحوال شخصية (١٣ - ٢٥٤ - ٧٩) حيث قضت المحكمة " من المقرر - فى فقه الجعفرية - المطبق فى الدعوى المطروحة - أنه يلحق ولد المرأة بزوجه بشروط هى الدخول... (٢٣) مكرر المذهب ج ٢ ص - ١٢.

هذا الذى يحقق فائدة مزدوجة فهو يستر على الأعراض، ويحمى، من جهة أخرى الأولاد ويصونهم من الضياع<sup>(٢٤)</sup>.

غير أنه قد يقال إن تطبيق المذهب الحنفى قد يسفر عن حالات ينسب فيها الأولاد لغير آبائهم الحقيقيين وخاصة فى زمان فسدت فيه الذمم وساءت الأخلاق. ومثال ذلك أن يعقد زواج بالمراسلة أو الوكالة ثم تأتى الزوجة بولد دون أن تلتقى بزوجها من حين العقد إلى الولادة ثم ينسب الولد لزوجها. أو أن يتزوج رجل ويعيش مع زوجته فترة من الزمن ينجب فيها ولدا ثم يسافر إلى بلد آخر ويطول غيابه عدة سنوات لم يرجع إلى مقر زوجته فيها، ولم تنتقل إليه ثم يعود فيجد المنسوب إليه ولدين، أو ثلاثة<sup>(٢٥)</sup>.

إلا أن هذا النقد مردود عليه بأن فى اللعان طريق الخلاص من هذا النسب فالزوج الذى يكون على يقين من أن الولد ليس منه، له أن ينفى نسبه عنه برفع الأمر إلى القاضى بإجراء اللعان بينه وبين زوجته والحكم بنفى النسب عنه<sup>(٢٦)</sup>.

أما مذهبى الجعفرية والجمهور فقد جاءا معبرين عن الاحتياط فى النسب غير أن مذهب الجعفرية غالى فى هذا الاحتياط. إذ يشترط حصول الوطاء المحقق لكى يثبت النسب. وبدونه يتم نفى نسب الولد تلقائياً، دون احتياج الزوج لإجراء اللعان، فاللعان لا يكون إلا حيث يوجد الفراش، وهذا الأخير غير موجود.

ولم ينج هذا الاتجاه من النقد بسبب صعوبة معرفة ما إذا كان الوطاء قد حدث أم لا. فهذا أمر لا يطلع عليه أحد غير الزوجين<sup>(٢٧)</sup>. وبالتالي يؤدى إلى ضياع كثير من الأنساب<sup>(٢٨)</sup>.

(٢٤) الشيخ أحمد إبراهيم - مقدمة ثبوت النسب. الأحوال الشخصية ١٩٢٥ د. زكى الدين شعبان. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية. منشورات جامعة قاريونس ١٩٨٩ ص ٥٧.

(٢٥) د. محمد مصطفى شلبى - أحكام الأسرة فى الإسلام - المرجع السابق ص ٦٨٥ د. عبد المجيد مطلوب المرجع السابق. ص ٤٤٥ وما بعدها.

(٢٦) د. زكى الدين شعبان - المرجع السابق ص - ٥٧.

(٢٧) محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق ص ٦٨٦.

(٢٨) الشوكاني نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٧ هذا الصدد «إن معرفة الوطاء المحقق متعسره فاعتبارها يؤدى إلى بطلان كثير من الأنساب وهى يحتاط فيها واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط».

أما مذهب الجمهور فهو أقل غلوا من مذهب الجعفرية إذ لم يشترط الدخول المحقق، وإنما اكتفى بإمكان الدخول عادة. فالأنساب يحتاط فيها واعتبار مجرد الإمكان يناسب هذا الاحتياط. فلو ثبت مثلا أن أحد الزوجين كان سجيناً في مكان بحيث يمتنع عليه الاجتماع مع زوجه الآخر، لانتفى إمكانية التلاقى. ومن ثم لا يثبت نسب الولد للزوج إذا أتت به بعد مضي أقصى مدة للحمل من وقت السجن. ونفس الحكم لو أن الزوج خرج من السجن وجاءت الزوجة بولد قبل مضي أقل مدة للحمل من تاريخ خروجه. ففي هاتين الحالتين ينتفى النسب دون حاجة لإجراء اللعان. وذلك لقيام الدليل على انتفاء النسب عن الزوج وهو انتفاء إمكانية التلاقى بينه وبين زوجته.

وبعد هذا البيان فلنرى موقف القانونين المصرى والكويتى من هذا الخلاف .

### الفرع الثانى

#### الاتجاه الذى تبناه القانونان المصرى والكويتى

#### بشأن تحديد مفهوم إمكانية التلاقى

#### بين الزوجين

١٥ - اعتنقت المحاكم، فى مصر، ردحا من الزمان، مذهب الحنفية<sup>(٢٩)</sup>. ذلك المذهب الذى يقضى بثبوت النسب بمجرد العقد دون اشتراط تلاقى الزوجين عادة اكتفاءً بإمكان تلاقيهما عقلاً.

إلا أن سببا أخلاقيا كان وراء تدخل المشرع المصرى بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ مقرر عدوله عن الأخذ بأحكام المذهب الحنفى فى هذا الشأن

(٢٩) فى أوائل حكم محمد على. صدر من الدولة العثمانية فرمان شاهانى يتضمن الأخذ بمذهب الإمام أبى حنيفة فى القضاء وفى الافتاء. انظر مقدمة المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الموارث وقانون الوصية. وانظر سابقا هامش ٢.

فالتطبيق العملى لهذه الأحكام كان قد فتح مجالا أمام طائفة من النساء اللاتى فسدت أخلاقهن كى يأتين بأولاد غير شرعيين وينسبهن لأزواجهن<sup>(٣٠)</sup>. وعليه جاءت المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنصت على أنه «لا تسمع عند الإنكار، دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد...».

وهكذا يبين أن القانون المصرى قد اعتمد اتجاه الأئمة الثلاثة فى تحديد مدلول (إمكان التلاقى) كشرط لثبوت النسب بالفراش. وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يؤكد اتباع هذا الاتجاه<sup>(٣١)</sup>. وكان ذلك بمناسبة طعن تخضع وقائعه لنصوص المرسوم بقانون سالف الذكر<sup>(٣٢)</sup> حيث جاء فى أسباب الطعن المعروض على المحكمة أن «المراد بالتلاقى بين الزوجين الذى يقصده الشارع هو وجود مشاركة بين الزوجين فى إحداث هذا التلاقى بالاتصال وهو تعبير مهذب عن الاتصال الجنىسى» وكلمة «التلاقى» صالحة لأن يراد منها مجرد الاجتماع وصالحة لأن يراد منها الاتصال الجنىسى بين الزوجين. وتعيين أحد هذين المعنيين يرجع إلى غرض الشارع الذى أفصح عنه فى المذكرة الإيضاحية للقانون. ولا شك أن هذا الغرض يستوجب أن يكون مراد الشارع هو الاتصال الجنىسى لا ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه.

(٣٠) انظر المذكرة الإيضاحية للمادة ١٥ من المرسوم المذكور: «والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجراءة على إدعاء نسب أولاد غير شرعيين، وتقدمت بذلك شكاوى عديدة».

(٣١) نقض مدنى رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية جلسة ١٥/٣/١٩٦٧ (١٨-١٠٢-٦٥٥).

(٣٢) ينطبق هذا المرسوم على الحوادث الواقعة ابتداء من تاريخ العمل به. أما الحوادث الواقعة قبل صدوره أو قبل تاريخ العمل به، فالحكم فيها يجرى طبقا للراجع من مذهب أبى حنيفة. (انظر حكم محكمة شبرا الشرعية فى ٤ يونيو ١٩٤٠، حكم محكمة كفر الزيات الشرعية فى ٢٦ / فبراير ١٩٤٠، حكم محكمة اسيوط الجزئية فى ٨ فبراير سنة ١٩٤٨ أشار إلى هذا الحكم. د. محمد على محجوب المرجع السابق ص - ٥٥٤).

إلا أن المحكمة رفضت هذه النعى، وجاء فى حيثيات الحكم «بأنه من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن «الولد للفراش» وأختلف الفقهاء فيما تصير به المرأة فراشا على ثلاثة أقوال أحدها أنه نفس العقد وإن لم يجتمع الزوج بها، أو طلقها عقيبه فى المجلس. والثانى أنه العقد مع إمكان الوطء. والثالث أنه العقد مع الدخول الحقيقى لا إمكانه المشكوك فيه، والقول بأن معنى التلاقى هو الاتصال الجنسى يؤدى إلى أن الفراش لا يثبت إلا بالدخول الحقيقى وهو ما لم يقصده الشارع بالمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. فالمناطق فيما تصير به المرأة فراشا إنما هو العقد مع مجرد إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه<sup>(٣٣)</sup>.

ولم يكن القانون الكويتى بعيدا عن التأثير بالاعتبار الأخلاقى الذى دفع بالمشروع المصرى إلى العدول عن استمرار الأخذ بمذهب الحنفية بشأن مفهوم إمكان التلاقى بين الزوجين، فقررت المادة ١٦٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتى عدم ثبوت النسب إذا ثبت انتفاء إمكان التلاقى الحسى بين الزوجين.<sup>(٣٤)</sup> وتوضح المذكرة الإيضاحية<sup>(٣٥)</sup> هذا المعنى بقولها «واختار المشروع المذاهب التى تشترط للنسب إمكان التلاقى بين الزوجين، وظاهر أن هذا أعدل الأقوال، وهو المتبع الآن، ويمنع الجرأة على إلحاق نسب أولاد بأزواج لم يلتقوا بالأمهات، فإذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة للحمل، وأمكن التلاقى ثبت نسب

(٣٣) نقض مدنى رقم ١٠/ لسنة ٤١ ق أحوال شخصية (س ٢٦ - ٣٥١).

(٣٤) انظر نص ١٦٩ أحوال شخصية كويتى أ. ينسب ولد كل زوجة فى الزواج الصحيح إلى زوجها بشرطين:

(١) مضى أقل مدة للحمل على عقد الزواج.

(٢) ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقى بين الزوجين بمانع حسى من تاريخ العقد إلى الولادة، أو

حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم..».

(٣٥) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتى ص ٢٧١.

الولد. وإذا ثبت انتفاء إمكان التلاقى بين الزوجين بمانع حسى لم يثبت النسب<sup>(٣٦)</sup>.

١٧ - والملاحظ أن النصين، المصرى والكويتى، يقيمان تفرقة بين حالة إقرار الزوج بنسب الولد له وحالة إنكاره على النحو الآتى: -

**فى حالة الإقرار:** إذا أقر الزوج بنسب الولد الذى أتت به زوجته، فإن النسب يثبت حتى ولو لم يتلاقيا من حين العقد أو أن الزوج قد غاب أكثر من سنة قبل الولادة<sup>(٣٦)</sup> مكرر.

#### فى حالة الإنكار:

إذا أنكر الزوج نسب الولد الذى أتت به زوجته، برغم أنه لم يلتق بها أو بزعم أنها أتت به بعد سنة من غيبته عنها، فعليه إثبات ذلك. فإمكان الدخول والتلاقى بين الزوجين مفترض فى العقد الصحيح. فإذا ادعى الزوج انتفاء إمكان التلاقى رغم وجود رابطة الزوجية الصحيحة فعليه عبء الإثبات.

وباعتبار واقعة انتفاء التلاقى واقعة سلبية، فإن إقامة الدليل عليها يكون أمرا صعبا<sup>(٣٧)</sup> إلا أنه ليس مستحيلا، طالما أنها واقعة محددة. فالزوج يمكنه إثباتها

(٣٦) ومن أمثلة المانع الحسى حبس أحد الزوجين فى مكان بحيث يمتنع عليهما الاجتماع فيه أو فى غيره، وكذلك من تزوج امرأة ثم طلقها فى مجلس العقد، أو مات قبل غيبته عن أهل المجلس، إذ ثبت حسا ونظرا أن الولد لن يكون منه. والموانع الشرعية: كصوم رمضان، والإحرام بالحج فرضا أو فعلا والحيض، ليست من المانع الحسى (انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتى - المرجع السابق ص - ٢٧١).

(٣٦م) د. محمد الحسيني الأحوال الشخصية، حقوق الأولاد والأقارب ط ١ - ١٩٦١ مطبعة نهضة مصر ص ١١.

(٣٧) د. منصور مصطفى منصور. الإثبات فى المواد المدنية والتجارية. خلاصة دروس جامعة الكويت - كلية الحقوق. ١٩٨١ ص ١٣. وانظر فى إثبات الواقعة السلبية:

J. Larguier. La Preuve d'un fait négatif., R.T.D.Civ. 1953 P1 ets.

بطريق غير مباشر، وذلك بإثبات واقعة إيجابية تؤكد ثبوت عدم التلاقى، كأن يثبت أن أحدهما كان سجيناً في مكان يمتنع عليهما الاجتماع فيه أو في غيره.

وإزاء صعوبة إثبات الواقعة السلبية، فقد يعتقد البعض أن هذه الصعوبة تجعل قضاة الموضوع أكثر تساهلاً مع المدعى، فيكتفون، ولاسيما أن لهم سلطة تقديرية في هذا الشأن، بما يقدمه هذا الأخير من دليل يجعل ادعاء الواقعة السلبية قريب الاحتمال، لينقلوا عبء إثبات العكس على عاتق الطرف الآخر.<sup>(٣٨)</sup> وهو ما يعنى في مجال دراستنا أن قاضى الموضوع سيكون أكثر تساهلاً مع الزوج كمدع يقع عليه عبء إثبات عدم التلاقى، فيكتفى بما يقدمه هذا الأخير من دليل يجعل ادعاءه بعدم التلاقى قريب الاحتمال، لينقل على عاتق الزوجة عبء إثبات العكس.

إلا أننا لا نحبذ مثل هذا الموقف في مادة النسب، لأن النسب أمر يحتاط في إثباته بقدر المستطاع صوناً للأعراض وحماية للولد من الضياع.

وعلى أية حال فموقف الزوج المنكر للنسب ينتهى لأحد فرضين.

### الفرض الأول: نجاح الزوج في إثبات ادعائه:

إذا نجح الزوج في إثبات واقعة عدم التلاقى بزوجه منذ إبرام عقد الزوج وحتى الولادة، أو نجح في إثبات أنه قد غاب عنها مدة سنة من حين الغيبة وحتى الولادة، فإن مقتضى المادة ١٥ من القانون بمرسوم سالف الذكر، ألا تتعرض المحكمة للنسب إثباتاً أو نفياً وإنما تقضى بعدم سماع الدعوى. الأمر الذى يرتب عليه عدم أحقية الزوجة فى طلب إجراء الملائعة بينها وبين زوجها. ولا إقامة البينة على إثبات النسب، ولا توجيه اليمين إلى الزوج عند عجزها عن الإثبات<sup>(٣٨مكرر)</sup>.

---

(٣٨) انظر د. شكرى سرور - شرح قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية الكويتى، دراسة مقارنة - ١٩٩٤ ص - ٣٣ والمراجع المشار إليها هامش ٣٢ .

(٣٨م) د. محمد زكريا البرديسي. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط ١ - ١٩٧٥ - دار النهضة العربية ٣٧٠.

وهو أمر لا يخلو من النقد وخاصة بعد التطور العلمى فى مجال الإثبات على نحو ما سوف نرى تفصيلاً<sup>(٣٩)</sup>.

وما قررته المادة السابقة يبدو على عكس ما قررته ١٦٩ م أحوال شخصية كويتى حيث قضت هذه الأخيرة بعدم ثبوت النسب، لا عدم سماع الدعوى.

ولكن سرعان ما يتقارب النضان فى حالة إقرار الزوج النسب، فموجب هذا الإقرار، يثبت نسب الولد للزوج، وذلك على النحو الذى سنراه، تفصيلاً فى موضعه المناسب<sup>(٤٠)</sup>.

### الفرض الثانى: فشل الزوج فى إثبات ادعائه

إذا ثبت للمحكمة انتفاء عدم التلاقى، أو الغيبة، فإنها تسمع الدعوى وتسير فى إجراءاتها. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية فى ١٥/٣/١٩٦٧<sup>(٤١)</sup>، بشأن الحكم المطعون فيه الذى رفض الدفع بعدم سماع الدعوى بزعم انتفاء التلاقى، إذ أبدت محكمة النقض الحكم المطعون فيه الذى قضى بقيام النسب بعد أن ثبت إمكان التلاقى بين الزوجين.

## المطلب الثانى

### مدة الحمل

١٨ - من القواعد الأساسية التى يبنى عليها الأصل الشرعى «الولد للفراش» ومن ثم يؤسس عليها الحكم بثبوت النسب أو نفيه، هى أن تأتى الزوجة بالولد خلال مدة معينة من الزواج. فإن حدثت الفقرة بين الزوجين فإن هذه المدة تختلف تبعاً لنوع الفقرة، وتبعاً لوجوب العدة من عدمه، وتبعاً لتقدير أقصى مدة للحمل.

(٣٩) انظر فيما سبلى بند (٥٠) وما بعده.

(٤٠) انظر فيما سبلى بند ٣٩.

(٤١) نقض مدنى ١٥ / ٣ / ١٩٦٧. طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية مجموعة النقض المدنية (السنة ١٨ - الصفحة ٦٥٥ - ت القاعدة ١٠٢).

هذا الذى يقتضى منا أن نعرض لأمرين الأول تحديد مدة الحمل والثانى كيفية إعمال هذه المدة. وهو ما سوف نوضحه فى الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: مقدار مدة الحمل.

الفرع الثانى: كيفية إعمال مدة الحمل.

### الفرع الأول

#### مقدار مدة الحمل

١٩ - سنعرض لمقدار مدة الحمل فى الفقه الإسلامى، ثم نعرض، بعد ذلك، لموقف القانونين المصرى والكويتى فى هذا الشأن.

### الفصل الأول

#### مقدار مدة الحمل فى الفقه الإسلامى

٢٠ - لإعمال الأصل الشرعى «الولد للفراش» وضع فقهاء الإسلام حداً أدنى وحداً أقصى لمدة الحمل.

٢١ - أما بالنسبة لأقل مدة للحمل فلقد أجمع الفقهاء<sup>(٤٢)</sup> على أنها ستة أشهر قمرية. فهذه المدة كافية لاحتياج الجنين كى يتكون ويولد حياً<sup>(٤٣)</sup>. على أنه يجب

(٤٢) بدائع الصنائع ج ٣ ص ٢١١، المبسوط ج ص ٤٤.

المهذب ج ٢ ص ١٤٣، السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ٤٤٢.

كشف القناع ج ٥ ص ٤٧٩.

حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٤٧٤.

(٤٣) والسند فى ذلك: قوله تعالى «ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً» سورة الأحقاف آية ١٥ وقوله تعالى «ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله فى عامين» سورة لقمان آية ١٤. ووجه الاستدلال من هاتين الآيتين أن الآية الأولى تدل على أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهراً =

مراعاة ملاحظتين في هذا الشأن الأولى، ما قاله البعض بأن الولادة لسته أشهر نادرة جدا وربما تمضى دهور ولم نسمع فيها بولادة لهذه المدة وأن العادة المستمرة هي كون الحمل أكثر من ستة أشهر<sup>(٤٤)</sup>.

أما الملاحظة الثانية فهي ما أجمع عليه فقهاء المالكية من «أنه في حكم الستة أشهر ما نقص عنها بيسير، كأربعة أيام أو خمسة لأنه لا يتوالى أربعة أشهر على النقص. فيمكن أن تتوالى ناقصة. والشهران الباقيان بعد الرابع التام ناقصان. أما إذا كان النقص ستة أيام فالذى عليه الأكثر، وهو الصحيح، أنه لا يكون حكمه حكم الستة»<sup>(٤٥)</sup>.

= والآية الثانية تدل على أن مدة الرضاعة حولان، وبضم الاثنين إلى بعضهما البعض وإسقاط مدة الرضاعة يكون الباقي للحمل ستة أشهر. وقد روى أن امرأة ولدت لسته أشهر بعد زواجها، فهم عثمان رضى الله عنه برجمها فنبهه بعض الصحابة إلى الاثنين السابقتين فعدل عن إقامة الحد. انظر: الميسوط ج ٦ ص ٤٤، الدائع ج ص ٢١١، السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٤٤٢. وانظر التفسير الكبير - للإمام الفخر الرازي. المجلد الثالث ج ٦ الطبعة الثالثة ص ١١٩ دار احياء التراث العربى.

(٤٤) وقد رتب بعض الشراح على ذلك أنه إذا كانت الزوجية قائمة بين الحمل وأبيه وقت وفاة المورث فولدته لأكثر من ستة أشهر ولأقل من مدة الحمل المعتاد وهي تسعة أشهر وجب أن يرث لتحقق وجوده وقت موت المورث بحكم العادة المستمرة، خصوصا إذا قرر أهل الذكر من الأطباء أن مثل هذا لا يولد لأقل من تسعة أشهر. ولئن جاز أن يدرأ الحد عن المرأة المتزوجة إذا ولدت بعد زواجها لتمام ستة أشهر بناء على احتمال بعيد جدا، لا يجوز أن يحرم ذو حق من حقه بناء على هذا الاحتمال. وذلك لأن الحدود عقوبات شديدة جدا تدرأ بالشبهات، ويكفى لذلك الاحتمال البعيد جدا بحكم العادة الغالبة، وأما استحقاق الإرث فلا ينبغي أن ينفي بناء على هذا الاحتمال وهو أن أمه علقت به بعد وفاة المورث إذا كانت ولادته بعد تلك الوفاة لأقل من تسعة أشهر. ولا سيما إذا شهد الأطباء أن مثل هذا المولود لا يولد لأقل من مدة الحمل المعتادة. انظر د. أحمد إبراهيم - الموارث ١٩٤١ ص ٢٨٤.

(٤٥) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٢٦٦، ٢٦٧. ولذا فإن المالكية يذهبون إلى أن مقدار الأشهر الستة بالأيام ١٧٥ يوما، انظر زكى الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ص ٥٥٧.

٢٢ - أما عن أقصى مدة للحمل فقد اختلفت المذاهب بشأنها. فعند أبي حنيفة ستتان<sup>(٤٦)</sup>، وعند الشافعية أربع سنين<sup>(٤٧)</sup>، وفي فقه مالك<sup>(٤٨)</sup> خمس سنين، وقبل أربع، وقال محمد بن الحكم إنها سنة قمرية<sup>(٤٩)</sup> وذهب ابن حزم إلى أنها تسعة أشهر<sup>(٥٠)</sup>. وقال الليث ثلاث سنين. وقال عبادة ابن العوام خمس سنين، وعن الزهري روايتان ست سنين وسبع سنين، وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمن، وبعض أصحاب مالك ست سنين. وقال أبو عبيد ليس لأقصاه وقت يوقف عليه<sup>(٥١)</sup>.

والواقع أنه لا يوجد بشأن مسألة أقصى مدة للحمل كتاب أو سنة. والواضح

(٤٦) والحجة في ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها قولها «الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من ستين ولو بظل مغزل»، وفي رواية أخرى «الولد لا يبقى في البطن أكثر من ستين ولو بفكك مغزل».

انظر حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٣٩، وأيضا العناية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٣١٠، بدائع الصنائع ج ٣ ص ٢١١.

وإذا كان يصح الاحتجاج بهذا الحديث - عند الحنفية - على أساس أن الظاهر هو أنها سمعته عن الرسول لأن مثل هذا لا يقال بالرأى. إلا أن ابن حزم ناقش هذه الحجة وذهب إلى أن عائشة لم تسمع ذلك من الرسول لأنها لو سمعته لصرحت بذلك، وعندما لم تصرح ترجع أنه رأيها فلا يحتج به. المحلى ج ١٠ ص ٢١٦.

(٤٧) والسند في ذلك إخبار بعض النساء أنهن حملن لمدة أربع سنين. انظر المذهب ج ٢ ص ١٤٣ - نهاية المتاح ج ٧، ص ٢١٣ - المغنى ج ٩، ص ١١٦.

(٤٨) والسند في ذلك أن جارة للإمام مالك أخبرته بأنها حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في أربع سنين. انظر فتح القدير ج ٣ ص ٣١٠، السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ١٤٤٢.

(٤٩) محمد بن الحكم من فقهاء المالكية وانظر بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٢.

(٥٠) المحلى ج ١٠ ص ٣١٦، ص ٣١٧، والبحر الزخار ج ٣ ص ١٤٣، ص ١٤٤، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٨٨ وهو رأى الظاهرية وجمهور فقهاء الإمامية الإثني عشرية وقد استدلل له ابن حزم بأنه المروى عن عمر بن الخطاب.

(٥١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٢٦٧.

اعتماد الفقهاء، في تحديدهم هذه المدة، على أقوال من وثقوا بهم من الناس<sup>(٥٢)</sup> ولذا فليس مستبعد أن يكون لتقرير الفقهاء مثل هذه المدد الطويلة علاقة بما كان راسخا وقتها في الأذهان من أن الطفل يمكن أن يستكن في بطن أمه فترة طويلة، وبما رتبته العرف على ذلك من أن للأم التي تدعى هذا الأمر، في حاله الفرقة أو غياب، الزوج، أن تنسب له الطفل إذا ما ولدته<sup>(٥٣)</sup>. وقد شجع من تأثير هذا الاعتقاد حرص الفقهاء على اتخاذ موقف بالغ الاحتياط عند الحكم بنفي النسب لما له من آثار سيئة حيث يؤدي إلى ضياع الولد وحرمانه من الحقوق الشرعية، فضلا عن تعلق الأمر بمسألة الأعراض.

### الفصل الثاني موقف القانونين المصري والكويتي من مقدار مدة الحمل

٢٣ - ظلت المحاكم المصرية تطبق مدة السنتين كأقصى مدة للحمل وذلك أخذا بالمذهب الحنفي الذي كانت تعتمد عليه في قضائها. إلا أن المشرع المصري

---

(٥٢) ولذا فإنها أقوال لا تقوى على إثبات تقدير صحيح مستقر لأقصى مدة للحمل، كما أنها لا تسلم من الخطأ، فغاية ما تفيد أنه حيض بعض النساء قد انقطع لمدة أربع سنوات، ثم جاءت المرأة بعدها بولد، وهذه الإفادة لا تثبت قطعا أن المرأة كانت حاملا طول مدة انقطاع الحيض، فإنه ليس من المستبعد، بل من الجائز أن يكون قد امتد الطهر بالمرأة سنتين أو أكثر، ثم بعد ذلك حملت، وولدت لأقل من سنتين وذلك يحدث لكثير من النساء، فإن زعموا أن وجود الحركة في البطن يدل على الحمل نقول لهم إن وجود حركة في بطن المرأة لا يكون قاطعا في كون المرأة حاملا، لجواز أن يكون ذلك ناشئا عن غير الولد. انظر في تفنيد ذلك ومناقشته: الشيخ أحمد إبراهيم - الأحوال الشخصية. ١٩٩٤ ص ٤٨٧ وما بعدها. ود. بدران أبو العينين بدران المرجع السابق ص ٩، ١٠.

(٥٣) وهو اعتقاد مازال سائدا بالمغرب. انظر في ذلك رسالة دكتوراة:

Naamame soumaya , Au- dela de la pudeur Etude sur la sexualite de la femme marocaine, these de doctorat de sociologie, Paris V II 1985 P . 250 - 297: la ragued ou foetus endormi.

تدخل بمقتضى المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وعدل عن ذلك وجعل أقصى مدة الحمل هي سنة شمسية قدرها ٣٦٥ يوما.

ويرجع سبب هذا التعديل إلى ما أفادت به العلوم الطبية المتخصصة، حيث أكد الأطباء الشرعيون، بأن أقصى مدة للحمل هي ٣٦٥ يوما. وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر «ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيًا على رأيهم فى أقصى مدة للحمل ولم يبين أغلبهم رأيه فى ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة للحمل ستان وليس فى أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة. فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكنها للحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأن يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة للحمل ٣٦٥ يوما<sup>(٥٤)</sup> حتى يشمل جميع الأحوال النادرة».

فإذا أضفنا إلى هذا السبب الطبى، السبب الأخلاقى الذى سبق أن أوضحناه وهو «فساد الذمم»<sup>(٥٥)</sup> لتبين أن مدة الستين تفتح المجال واسعا لادعاء أولاد غير شرعيين. لهذا كله كان عدول المشرع عنها وتقريره لمدة السنة كحد أقصى لمدة الحمل.

وعلى ذلك جاءت المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنصت على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب... ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة

(٥٤) ورغم ذلك مازالت هذه المدة طويلة ويعارضها البعض انظر: د. أحمد إبراهيم، الموارد ط ١٩٤٢ ص ٢٨٦ فى الهامش حيث يقول «إنى تعرضت لهذه المسألة... وخلاصة ما قلته... بعد مذاكرة كثير من كبار الأطباء والاشتراك معهم فى البحث أن الحمل لا يمكن فى بطن أمه أكثر من المدة المعتادة وهى ٢٧٧ يوماً ثم يولد حيا. وقد يمكن نادرا إلى ثلاثمائة يوم، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر إذا وجد عائق، ولذا رأيت هناك أن أقصى مدة للحمل يجب أن تكون أحد عشر شهراً فقط ولكن أرى الآن أنه يجب أن تكون عشرة أشهر أى ثلاثمائة يوم، فإن ما وراء ذلك من أندر النادر».

(٥٥) انظر ما سبق بند ١٥.

من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة. وننوه إلى أن هذا الحكم لا يعتبر مجافيا للشريعة الإسلامية. فهو مأخوذ من قواعدها، وعلى وفق مبادئها المقررة التي منها أن معرفة حكم الوقائع على وجهها الصحيح يرجع فيها إلى قول المعرفة والنظر، ولا شك أن الأطباء الإخصائيين في مثل هذا الأمر هم أهل البصر والمعرفة، فيجب الرجوع إلى قولهم في ذلك<sup>(٥٦)</sup>.

ولم يكن القانون الكويتي بعيدا عن التأثير بما تمليه المستجدات العلمية والطبية<sup>(٥٧)</sup> في شأن أقصى مدة للحمل، فنصت المادة ١٦٦ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن أكثر مدة للحمل «خمسة وستون وثلاثمائة يوم».

٢٤ - أما بالنسبة لأقل مدة للحمل وهي ستة أشهر قمرية فإنها محل اتفاق بين أئمة الدين، وعليه، وحيث يظل العمل بالمذهب الحنفي قائما فيما عدا ما نظم بقواعد خاصة، فإن أقل مدة للحمل في القانون المصري هي هذه المدة<sup>(٥٨)</sup>. أما المشرع الكويتي فقد نص على ذلك صراحة في المادة ١٦٦ سالفه الذكر بقوله: أقل مدة للحمل ستة أشهر قمرية.

وهكذا يبين أن القانونين المصري والكويتي قد اعتمدا على ما قرره فقهاء الإسلام بشأن أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر قمرية. كما أعتمد على ما قال به الطب الشرعي بشأن أقصى مدة الحمل وهي سنة شمسية قدرها ٣٦٥ يوما.

(٥٦) انظر د. بدران أبو العنين. المرجع السابق ص - ١٠، ١١. د. محمد زكريا البرديسي - المرجع السابق ص ٣٦.

(٥٧) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي في شأن تبريرها الأخذ بمدة السنة، ص - ٢٦٨.

(٥٨) م ٣٣٢ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان «أقل مدة للحمل ستة أشهر، وغالبها تسعة أشهر، وأكثرها ستان شرعا».

## الفرع الثانى

### كيفية إعمال مدة الحمل

٢٥ - الاستعانة بمدة الحمل، بحديثها الأدنى والأقصى، أمر لا غنى عنه لتقرير ثبوت النسب أو نفيه، سواء جاءت الولادة أثناء قيام الفراش الصحيح، أو الفراش الفاسد، أو شبهة الفراش. وسواء جاءت الولادة بعد الفرقة فى الزواج الصحيح، أو المتاركة فى الفراش الفاسد أو زوال شبهة الفراش. وذلك على النحو الآتى تفصيله.

**الفصل الأول:** كيفية إعمال مدة الحمل بشأن نسب المولود حال قيام الفراش.

**الفصل الثانى:** كيفية إعمال مدة الحمل بشأن نسب المولود بعد زوال الفراش.

### الفصل الأول

#### كيفية إعمال مدة الحمل بشأن نسب المولود حال قيام الفراش

٢٦ - كى يثبت نسب الطفل المولود أثناء قيام الفراش يلزم أن تأتى ولادته لستة أشهر أو أكثر - هذا مع افتراض - توافر الشروط الأخرى - فهذه المدة كافية لأن يعلق الحمل من الزوج صاحب الفراش ويتكون الجنين وينزل حيا.

أما عن تاريخ بدء حساب المدة، فالأمر يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد فراش صحيح، أم فاسد، أم بشبهة.

٢٧ - ففى حالة الفراش الصحيح، تحسب مدة الستة أشهر من وقت العقد الصحيح وحتى الولادة<sup>(٥٩)</sup>. وثبوت النسب فى هذه الحالة لا يحتاج إلى إقرار الزوج، أو أن تقيم الزوجة البيئة.

(٥٩) هذا مع مراعاة الاختلاف فى مسألة إمكان التلاقى - انظر سابقا بند (٩) وما بعده .

وهكذا يتضح أن نسب الولد يكون منتفيا إذا جاءت به الزوجة لأقل من ستة أشهر من وقت العقد. وعلة ذلك هو أن الاتيان بالولد حيا قبل المدة الكافية لذلك يدل على أن الحمل قد حدث قبل وجود الفراش. وهذا يعد دليلا على أن الحمل حدث من غير الزوج. ولكن ليس هذا باليقين. فقد يكون الحمل منه ولكنه حدث قبل وجود الفراش. ولهذا فقد أجاز الفقهاء ثبوت النسب في هذه الحالة إذا ادعاه الزوج ولم يقل إنه من الزنا. وثبوت النسب هنا يكون بالإقرار لا بالفراش.

وهذا الحكم لاختلاف عليه بين أئمة الدين<sup>(٦٠)</sup>. وعليه فإن يكون هو الحكم المعمول به في القانون المصري باعتبار أن ما لم ينظم بقواعد خاصة يبقى العمل بالنسب له جاريا على أرجح الأقول في مذهب أبي حنيفة. كما أنه الحكم الذي اعتمدته القانون الكويتي ونص عليه صراحة. ويتضح ذلك من استقراء المادتين ١٦٩ و ١٧٣ من قانون الأحوال الشخصية.

فالمادة ١٦٩، وبعد أن قررت أقل مدة للحمل وحددت تاريخ بدء سريانها، صرحت بأنه في حالة انتفاء هذا الشرط لا يثبت النسب إلا بإقرار الزوج. أما المادة ١٧٣ فاشتترط لثبوت النسب بالإقرار ألا يصرح الرجل بأن الولد جاء من الزنى.

وتطبيقا لذلك أيدت محكمة التمييز الكويتية في ١٩/١/١٩٨٧<sup>(٦١)</sup> محكمة الموضوع بشأن نفى نسب ولد الزوجة التي أتت به لأقل من ستة أشهر قمرية من تاريخ الزواج، وقد جاء في حيثيات الحكم «أن ولد الطاعنة ليس ناتجا عن فراش المطعون ضده، لأن المدة التي مضت بين الزواج الذي تم في ٢٩/٣/١٩٨٤ بين الطرفين وبين ميلاد الطفلة في ١٣/٩/١٩٨٤ تقل عن ستة أشهر قمرية».

(٦٠) انظر د. أحمد إبراهيم - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون. إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ١٩٩٤ و ص ٤٩٣ وما بعدها - د. عبد المجيد مطلوب. المرجع السابق ص ٤٦٦.

(٦١) طعن بالتمييز رقم ٨٦/٢٣ أحوال شخصية، قاعدة ١٠٣، استئناف عليا دائرة التمييز، جلسة ١٩/١/١٩٨٧. مجلة القضاء والقانون - السنة ١٥ - العدد الأول. أكتوبر ١٩٩٤ ص ٣٦٤.

وعن ادعاء الطاعنة بأن زوجها أقر بأن الحمل منه، أيدت المحكمة ما ذهبت إليه محكمة الموضوع، بأن الزوج وإن صح أن أقر بأن الحمل منه، إلا أن ذلك لا يعتبر إقراراً بنسب الطفل إليه. لأن إقراره هذا إنما اقترن بأن هذا الولد نتيجة علاقة غير شرعية بينه وبين المستأنف عليها وبالتالي فهو من زنا، وبديهي أن الزنا لا يرتب نسباً؛ لأن النسب نعمة لا تنال بارتكاب المحظور<sup>(٦٢)</sup>.

هذا ويجب ملاحظه أنه لا فرق بين الزواج الثابت في ورقه رسمية والزواج العرفي، فكما يثبت النسب بالزواج الموثق يثبت بالزواج بعقد عرفي، طالما أن استوفى أركانه وشروطه المعتبرة شرعاً. فإذا أنكر الزوج نسب الولد، كان للزوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب الحكم بثبوت نسب الولد من زوجها وللمحكمة أن تقبل منها إثبات الزوجية بجميع الوسائل المقررة شرعاً من غير احتياج إلى وثيقة زواج رسمية، ومتى أثبتتها قضت المحكمة بثبوت النسب<sup>(٦٣)</sup>.

(٦٢) وفي المغنى لابن قدامة (ج ٧ ص ١٢٩) أن هذا الحكم على رأى الجمهور وهو الصحيح للحديث الشريف «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ويرى بعض العلماء أن الولد من الزنا يلحق بالزاني إذا أقيم عليه الحد أو ملك المزني بها. وانظر فيما اختاره ابن تيمية وهو مذهب اسحق بن راهوية أن التوارث ثابت أيضاً بين الزاني وولده من الزنا إذا ستلحقه أبوه وقال هو ابني - حتى ولو صرح بأنه ابنه من الزنا - وهذا إذا لم تكن أم ذلك الولد المزني بها ذات زوج ولا معتدة. (أحمد إبراهيم - الموارث ١٩٤٢ ص ٢٩٣ بالهامش).

(٦٣) صحيح أن المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا تسمح عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية وذلك بالنسبة للحوادث الواقعة من ١/٨/١٩٣١ كما تمنع سماع الدعوى إذا كانت سن الزوجة تقل عن ١٦ سنة أو سن الزوج تقل عن ١٨ سنة. إلا أن هذا المنع، طبقاً لما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب، بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغمًا عن التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية. وانظر في القضاء المصري حيث قضى بثبوت نسب الولد من زوج السيدة التي تزوجها بعقد عرفي صحيح: نقض مدني في ١٩٧٣/٤/٢٥. مجموعة النقض المدني (٣٣ - ٥٧ - ٣١٢) طعن رقم ٤٤ لسنة ٥١ ق - أحوال شخصية حيث قضت المحكمة بأن «دعوى النسب ما زالت باقية على حكمها المقرر في المذهب الحنفي فلا يشترط لسماع الدعوى =

٢٨ - أما فى حالة الزواج الفاسد<sup>(٦٤)</sup> . فقد اختلفت المذاهب .

فذهب جمهور الفقهاء ورأى فى الحنفية<sup>(٦٥)</sup> إلى أن تحسب مدة الستة أشهر من وقت العقد وحتى الولادة قياسا على العقد الصحيح وذلك احتياطا للنسب . فالعقد الفاسد كالعقد الصحيح ، حيث إن أكثر صور الزواج الفاسد لا يكون سبب الفساد فيها معروفا وقت العقد .

أما رأى الثانى للحنفية<sup>(٦٦)</sup> فىرى حساب المدة من وقت الدخول الحقيقى لا من وقت العقد كما فى الزواج الصحيح . ووجه التفرقة هو أن العقد الصحيح أداة لتحليل علاقة الزوجين وتمتع كل منهما بالآخر وبه تصير المرأة فراشا ، ومن ثم كان سببا لثبوت النسب . أما العقد الفاسد فلا يحل به قيام هذه العلاقة ، ولا تصير به المرأة فراشا ومن ثم لا يعد سببا لثبوت النسب ، وإنما بالدخول الحقيقى يتحقق ذلك كله .

٢٩ - أما فى حالة قيام الفراش بشبهة ، فإن الفقهاء يذهبون إلى حساب مدة الستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقى وحتى الولادة . وعليه إذا خالط الرجل

= بإثبات النسب وصحتها إذا كان سببه زواجا صحيحا بأن يكون هذا الزواج ثابتا بوثيقة رسمية وإنما يصدق عليه هذا الوصف ويصح سببا لإثبات النسب باعتباره كذلك متى حضره شهود واستوفى أركانه وسائر شروط صحته شرعا سواء وثق رسميا أو أثبت بمحرر عرفى أو كان بعقد غير مكتوب . . . . .

وانظر أيضا نقض مدنى فى ١٩٨٠/٣/٥ مجموعة النقض المدنى طعن رقم ٣٨ لسنة ٤٧ ق . أحوال شخصية (٣١ . ١٤٧ . ٧٤٦) .

وأیضا نقض مدنى فى ١٠٧٣/٤/٢٥ مجموعة النقض المدنى طعن رقم ١٩ لسنة ٣٩ من أحوال شخصية . (٢٤ . ١١٩ . ٦٧٧) .

(٦٤) انظر فيما سبق هامش ١٥ .

(٦٥) وهو رأى أبى حنيفة وأبو يوسف . انظر د . بدران أبو العنين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت - لبنان ص ٥٠٦ ، ١٩٩٤ . ص - ٤٩٩ . د . زكى الدين شعبان . المرجع السابق ص ٥٧٩ و د . محمد فرحات . المرجع السابق ص ٥٣٩ .

(٦٦) وهو رأى محمد بن الحسن . انظر البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ص ١٧١ وانظر أيضا الهداية ، ج ١ ص ١٥٣ . وكذلك فتح القدير ج ٢ ص ٤٧٠ .

المرأة بشبهة، ثم أتت بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ المخالطة لزمه النسب. أما إذا أتت به قبل مضي هذه المدة فلا يثبت النسب، إلا إذا ادعاه. ويحمل الأمر على أنه قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى.

٣٠ - والمعمول به، حالياً، في القانون المصري هو أن تحسب أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي وليس من تاريخ العقد، وذلك بالنسبة للزواج الفاسد أو الوطاء بشبهة. وهو نفس الحكم الذي أخذ به المشرع الكويتي باتجاه الفقه الذي يرى حساب المدة من تاريخ الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، والدخول بشبهة. فالمادة ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية تقضى بثبوت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد، أو الدخول بشبهة إذا ولد لستة أشهر قمرية من تاريخ الدخول الحقيقي. وتبرر المذكرة الإيضاحية هذا الحكم بقولها إن هذا هو الأقرب في المحافظة والمصلحة في ثبوت الأنساب<sup>(٦٧)</sup>.

### الفصل الثاني

#### إعمال مدة الحمل بشأن نسب المولود بعد الفقرة

٣١ - يختلف حكم ثبوت نسب المولود بعد الفقرة بحسب ما إذا كان الولد قد ولد بعد الدخول، أم قبله. وذلك على التفصيل الآتي: -

#### أولاً: إعمال مدة الحمل بشأن نسب المولود بعد الفقرة وقبل الدخول

٣٢ - إذا حدث أن جاءت المرأة بالولد بعد الطلاق وقبل الدخول بها، فإن النسب يثبت من المطلق، متى كانت المدة المنقضية بين الولادة والطلاق أقل من ستة أشهر. وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق فيكون الولد للفراس. ولا يتفق النسب في هذا الفرض إلا باللعان. أما إذا جاءت به بعد مضي ستة أشهر فأكثر من تاريخ الطلاق فإن النسب لا يثبت. وأساس عدم ثبوته في هذا

(٦٧) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ص - ٢٧٥ .

الفرض هو أنه لا يصح ثبوت النسب إلا بعد التيقن من أن الحمل من هذا الزوج وهذا التيقن منتفى<sup>(٦٨)</sup> لأن الفرض أن الولادة قد حدثت بعد مضي فترة من الطلاق دون دخول بحيث تكفى هذه الفترة للظن بأن الحمل جاء من غير الزوج. ولكن لأن الأمر ظن لا يقين فقد أقر الفقهاء بأن نسب الولد يثبت إذا ادعاه الزوج. ويحمل ذلك على أنه اتصل بزوجته بناء على شبهة. فالنسب أمر يحتاط في إثباته بقدر المستطاع صونا للعرض وحماية للولد من الضياع<sup>(٦٩)</sup>.

إلا أن مذهب الجعفرية لا يقر إثبات النسب إذا جاء الولد بعد الطلاق دون دخول. فالنسب لا يثبت عندهم الا بالدخول المحقق، ومضى المدة المحددة للحمل وهي ستة أشهر من حين الوطء. وإذا اختلف الزوجان في زمن المقاربة وكانت هناك وقائع وقرائن تدل على قول الزوجة أو على قول الزوج عمل بحسبها. أما إذا فقدت الأدلة واشتبه الحال أخذ القاضى بقول الزوجة بعد أن يحلفها اليمين على أنه قاربها منذ ستة أشهر وألحق الولد بالزوج<sup>(٧٠)</sup>.

### ثانيا إعمال مده الحمل بشأن نسب المولود بعد الفقرة وبعد الدخول

٣٣ - لكي يثبت نسب الطفل المولود بعد الفقرة وبعد الدخول يلزم أن يكون قد ولد خلال مدة معينة. وقد اختلف الفقهاء حول تحديد بدء سريانها. ومرد الاختلاف هو التمييز بين نوع الفقرة من عدمه.

(٦٨) ويستوى في هذا الحكم ذوات الأقراء وذوات الأشهر.

انظر شرح الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين ابن نجيب الحنفى. ج ٤ - دار الكتاب الإسلامى لإحياء ونشر التراث العربى ص - ١٧٠، ص - ١٧٨.

(٦٩) د. عبد المجيد مطلوب، المرجع السابق ص - ٣٦٩.

د. وهبه الزحيلي المرجع السابق ص - ٦٨٥.

(٧٠) الدور شرح الفرر ج ١ ص - ٣٠٧، الوسيلة الكبرى للسيد أبو الحسن - باب الزواج فصل الأولاد، طعن بالتمييز رقم ٨٤/٢٥ أحوال شخصية فى ١١/٢/١٩٨٥. (١٣ - ٧٩ - ٢٥٤). حيث جاء فيه أن «من المقرر فى فقه الجعفرية - المطبق فى الدعوى المطروحة أنه يلحق ولد المرأة بزوجها بشروط وهى الدخول ومضى مدة سنة من حين الوطء ونحوه...».

## ١ - الاتجاه القائم على عدم التمييز بين نوع الفرقة

٣٤ - وهو اتجاه جمهور الفقهاء ويرى أنه، لا فرق بين ولد المطلقة، أو المتوفى عنها زوجها، ولا بين المطلقة رجعيًا والمطلقة بائنا. ولا بين أن تكون العدة واجبة أم غير واجبة. فمتى كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدة للحمل، فإن النسب يثبت من المطلق أو من الزوج المتوفى ولا ينتفى إلا باللعان. فهذا هو الإجراء الشرعي لنفى النسب فى هذه الأحوال. أما إذا كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة أكثر من الحد الأقصى لمدة الحمل، فلا يثبت النسب، وينتفى تلقائيا دون حاجة لإجراء اللعان.

وهذا هو المعمول به منذ العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث لم يفرق القانون فى الحكم الذى قررتة المادة ١٥ منه تبعا لنوع الفرقة. فسواء كانت بالوفاة أو الطلاق الرجعى أو البائن أو الفسخ ثم ولدت الزوجة وكذا لأقصى مدة للحمل وهى (سنة) ثبت ولدها من الزوج، وإذا ولدته بعد مضى أكثر من سنة لا يثبت نسبه من الزوج.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية<sup>(٧١)</sup> بأن النص فى المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المتعلق ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة.. ولا لولد المطلقة.. إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق..» يدل على أن المشرع الوضعى منع سماع دعوى النسب لأى معتدة من طلاق، إن جاءت بولد لأكثر من سنة شمسية من وقت الطلاق، أخذا بأن الطب الشرعى وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية - يعتبر أقصى مدة للحمل ٣٦٥ يوما حتى تشمل جميع الأحوال النادرة. لما كان ما تقدم وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على أن المطعون عليها أقرت بما يفيد أنها طهرت من الوضع، وأنها أصبحت حرثا لزوجها وصالحة لمعاشرته بعده، وأنها إذ طلقت طلاقة

(٧١) نقض مدنى ١٩٧٨/٣/١ - مجموعة النقض المدنية طعن رقم ٣٠ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية (٢٩ - ٦٥٨ - ١٢٩).

رجعية في ١٩٧٠/١٢/٧ دون أن تقر بانقضاء عدتها منه، وكانت ولادتها للصغيرة ثابتة الوقوع في ١٩٧١/٨/١٢ أى لأقل من سنة من وقت الطلاق الرجعي، ورتب على ذلك أن نسبة الصغيرة للطاعن تكون ثابتة، فإن هذا الذي خلص إليه الحكم «ينطوي على مخالفة للقانون لاحتمال أن بدء الحمل كان قبل الطلاق والمطعون عليها في عصمته، أو أنه كان بعده وهي في عدته.

### ٢ - الاتجاه القائم على التمييز بين نوع الفرقة

٣٥ - وهو اتجاه الحنفية، ويرى أن ثبوت نسب الولد يتوقف على ولادته خلال مدة معينة، إلا أن هذه المدة تختلف في قدرها وفي بدء سريانها باختلاف نوع الفرقة، وتبعاً لوجوب العدة من عدمه. وعلى هذا فقد ميزوا بين نسب ولد المطلقة طلاقاً رجعياً، وبين نسب ولد المطلقة طلاقاً بائناً.

#### أ - ثبوت نسب ولد المطلقة طلاقاً رجعياً :

٣٦ - طبقاً للمذهب الحنفي يثبت نسب ولد المطلقة رجعياً من المطلق في حالتين:

#### الحالة الأولى:

إذا لم تقر المطلقة رجعياً بانقضاء العدة ثم أتت بالولد، فإنه ينسب للزوج، سواء جاءت به قبل أو بعد مضي أقصى مدة للحمل وأساس ذلك هو أن المطلقة رجعياً لا تحرم على زوجها فيكون له أن يواقعها وتحصل الرجعة بذلك فيثبت النسب منه. وهذا يعني أن ولد المطلقة رجعياً يثبت نسبه للمطلق في أي وقت تأتي به بعد الطلاق، طالما أنها لم تقر بالعدة. ولا ينتفى النسب إلا باللعان.

والمعمول به في القانون الكويتي هو القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية. والمفهوم من نص المادة ١٧٠/ب من هذا القانون أن المعتدة في طلاقه رجعي تتحول من معتدة بالأقراء إلى معتدة بالأشهر في حالة عدم إقرارها

بانقضاء العدة. وعليه إن لم تقرر المعتدة بانقضاء العدة، فإن النسب لا يثبت إلا إذا جاءت الولادة قبل مضي ستة أشهر من تاريخ اعتبار العدة منقضية بالمدة<sup>(٧٢)</sup>.

**الحالة الثانية:** إذا أقرت المرأة بانقضاء العدة<sup>(٧٣)</sup> وكانت المدة التي انقضت بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر، فإن النسب ينسب للمطلق. وأساس ذلك هو التيقن من قيام الحمل وقت الإقرار وهذا أمانة على أن الحمل حدث من المطلق. أما عن إقرار الزوجة بانقضاء العدة فإنها تعد مخطئة في التقدير، أو كاذبة فيه. ومن ثم لا يعمل به.

فإذا حدثت وكانت المدة المنقضية بين الإقرار والولادة ستة أشهر فأكثر، فلا يثبت النسب بل ينتفى تلقائياً دون حاجة لإجراء اللعان. وأساس ذلك هو عدم التيقن من أن الحمل كان قبل الإقرار، إذ يحتمل أن يكون قد حدث بعد الإقرار. وهذا يعنى أننا أمام احتمالين، الأول: احتمال أن يكون الولد من المطلق والثاني احتمال أن يكون الولد من غيره. ويقوى الاحتمال الثاني أن المرأة أقرت بانقضاء عدتها. وعليه يقوى احتمال أن الولد من غير مطلقة، بينما يضعف احتمال أنه منه. ولهذا قرر الفقهاء عدم ثبوت نسب الولد من المطلق. ولكن لأن الأمر يتعلق بالظن والاحتمال لا اليقين، فقد قرر الفقهاء ثبوت النسب إذا ادعاه الزوج ولم يصرح أنه من الزنا<sup>(٧٤)</sup>.

(٧٢) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي ص ٢٧٣ حيث بينت أن المقصود بانقضاء العدة بالمدة في المادة ١٧٠ هو أن يمضي على الطلاق، دون رجعة إما سنة، أو ثلاثة أشهر، أو تسعون يوماً، حسب حال المرأة في الاعتداد بالحيض أو بالأشهر، كما هو مبين بالمادة.

وانظر د. نادية مرسال عبد الله في «أنواع العدة في الشريعة الإسلامية ١٩٩٤ - مكتبة دار النهضة العربية».

(٧٣) مع وجوب ملاحظة أن تكون المدة محتملة بأن يكون قد انقضى ستون يوماً على رأى أبى حنيفة، وتسعة وثلاثون على قول الصحابين.

(٧٤) انظر د. بدران أبو العينين - حقوق الأولاد - المرجع السابق ص ٢٨.

د. محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٣٩٣.

د. محمد مصطفى شلبى المرجع السابق ص ٦٩٠.

وانظر في مسألة ثبوت النسب في العدة، الموسوعة الفقهية عدد ٢٩ ص ٣٥٧.

وهذا هو المعمول به طبقاً لأحكام القانون الكويتي حيث مقتضى ١٧٠/ ب هو ثبوت النسب إذا جاء الولد قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الإقرار بانقضاء العدة.

### ب: ثبوت نسب ولد المطلقة بائناً أو المتوفى عنها زوجها

٣٧ - طبقاً للمذهب الحنفي يثبت نسب ولد المطلقة بائناً أو المتوفى عنها زوجها في حالتين.

**الحالة الأولى:** إذا أقرت بانقضاء العدة وتوافر الشرطان الآتيان:

**الشرط الأول:** أن تكون المدة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة أقل من ستة أشهر.

وعلة هذا الشرط هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل انقضاء العدة أو وقتها إذ يعد ذلك أمانة على أن الحمل حدث من الزوج. أما عن إقرارها بانقضاء عدتها (والذي يعني خلوها من الحمل) فلا يعتد به. لأن ثبوت أنها حامل وقت العدة، أو قبل انقضائها قد تبين كذبها فيه، أو أنها مخطئة في التقدير. وعليه يعد الإقرار باطلاً ومن ثم لا يعمل به.

**الشرط الثاني:** أن تكون المدة المنقضية من تاريخ الطلاق، أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصى مدة للحمل (وهي سنتان عند الحنفية). وعلة هذا الشرط: هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق. وهذا يؤكد أن الحمل وقع في وقت تحل لزوجها أن يتصل بها. وهذا يعد أمانة على حدوث الحمل من الزوج. فيحكم بثبوت النسب احتياطياً فإذا انتفى أحد هذين الشرطين فإن النسب ينتفى تلقائياً دون حاجة لإجراء اللعان.

وأخذاً بهذا الاتجاه قضت المادة ١٧١/ ج من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بأنه إذا أقرت معتدة البائن أو الوفاة بانقضاء عدتها في مدة تحتمله، يثبت

النسب إذا ولدت لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت إقرارها، ولأقل من خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت البتة أو الوفاة.

الحالة الثانية إذا لم تقرر المرأة بانقضاء العدة فإن الولد يثبت نسبه من المطلق في حالة الطلاق، أو للزوج المتوفى بشرط واحد وهو أن تكون المدة المنقضية من وقت الطلاق أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصى مدة للحمل. وعلة ذلك هو التيقن من أن الحمل قد حدث قبل الطلاق، أو الوفاة. وهذه أمانة على أن الحمل قد حدث من الزوج فيثبت النسب منه<sup>(٧٥)</sup>.

فالمعتدة من بائن أو فسخ أو وفاة ولم تقرر بانقضاء العدة يثبت منه ولدها، متى أتت به في أثناء هذه العدة. ولو ولدته بعدها لا يثبت نسبه بالفراس. إلا إذا ادعاه الزوج أو ورثة المتوفى، وتوافرت شروط ثبوت النسب بالإقرار، فإنه يثبت النسب<sup>(٧٦)</sup>.

وهكذا يتضح أن القانون الكويتي قد أخذ باتجاه الحنفية القائم على التمييز تبعاً لنوع الفرقة، عكس القانون المصري الذي أخذ باتجاه الجمهور في وضع حكم موحد لجميع حالات الفرقة.

وأياً كان الأمر فما زالت هذه الأحكام المعمول بها في القانونين المصري والكويتي تطرح بعض المشكلات على نحو ما سوف نتابع.

(٧٥) انظر البحر الرائق لزين الدين ابن نجيم الحنفى ج ٤ ص ١٧١ دار الكتاب الإسلامى.

(٧٦) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتى ص ٢٧٤.

## المبحث الثانى المشكلة المترتبة على العمل بالنصوص الحالية

٣٨ - رأينا أن ثبوت النسب يتوقف على توافر شروط إعمال الأصل الشرعى «الولد للفراش». ورأينا أن المشرع الوضعى، فى مصر والكويت، استمد أحكامه فى هذا الصدد من الفقه الإسلامى بشىء من التعديل اقتضته بعض المتغيرات. إلا أن هذه الأحكام لم تقض على مشكلة ضياع الولد، واختلاط الأنساب. وهى مشكلة تتنوع صور ومواقف حدوثها. فتارة نتواجد فى موقف ترفض فيه دعوى النسب، وتارة فى موقف ينتفى فيه النسب باللعان، وتارة فى موقف يتنازع فيه النسب سلبا أو إيجابا. فلنعرض لهذه المواقف على النحو الآتى: -

### المطلب الأول عدم قبول دعوى النسب

٣٩ - بناء على ما ثبت فعلا من شيوع التزوير فى دعاوى النسب<sup>(٧٧)</sup>، تدخل المشرع المصرى، استنادا إلى مبدأ جواز تخصيص القضاء<sup>(٧٨)</sup>، وقرر ألا تسمع عند

(٧٧) انظر ما سبق بند ١٥.

(٧٨) يجيز هذا المبدأ لولى الأمر التدخل وتقييد القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص. وإعمالا لذلك وضعت المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. ومن تطبيقات هذا المبدأ انظر: -

المادة (١٨٠١) من مجلة الأحكام العدلية بقولها القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات.

وانظر أيضا المادة (١٦٦٠) من نفس المجلة «لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك =

الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة.

ويؤدى نظام عدم سماع الدعوى، وفقا لتنظيمه القانونى، إلى منع الأم من التقاضى وسماع أدلتها فى إثبات الحق، ولكن دون أن يؤدى إلى نفي النسب أو ثبوته. وهذا يوضح أن نظام عدم سماع الدعوى، عند إنكار النسب، يقوم على قرينة قاطعة<sup>(٧٩)</sup> مفادها أن الزوج ليس هو الأب استنادا إلى عدم التلاقى أو إلى غيبته عنها مدة سنة، وإذن تكون الزوجة غير محقة فى دعواها، فحمى الزوج عن طريق منحه دفعا يحول به دون سماع الدعوى.

وبذلك يكون المشرع قد حقق ما يهدف إليه نظام عدم سماع دعوى النسب عند الإنكار. وهو رد تحايل وتزوير بعض النسوة اللاتى ساءت أخلاقهن وفسدت ذمهن<sup>(٨٠)</sup>.

ولكن ألا يمكن أن يرد التزوير والاحتياال من جانب الرجال فيجحدون أبناءهم وهم يعلمون تماما أنهم آباؤهم الحقيقيون.

إنه ليس نادرا أن يسفر التطبيق العملى لأحكام المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مصرى، عن موقف ينكر فيه الزوج الولد الذى أتت به

---

= والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوى إلى العامة ولا إلى أهل الوقف فى العقارات الموقوفة، كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجازات والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة.

وانظر فى تطبيق آخر لهذا المبدأ القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٣١ حيث أوجب عدم سماع دعوى الزوجية ما لم تكن ثابتة بوثيقة رسمية.

(٧٩) الشيخ أحمد إبراهيم. طرق الإثبات الشرعية. مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية. إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ج١ ١٩٨٥ - ص ٤٦٧.

(٨٠) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ سالف الذكر.

زوجته، وينجح الزوج زوراً وبهتاناً، في إثبات انتفاء التلاقي بينهما. وتفشل الزوجة في إثبات حقيقة هذا الاحتيال.

ومثل هذا الموقف، موقف الزوجة التي يعاشرها زوجها فترة ثم يغيب عنها ثم تأتي بولد فينكر الزوج نسبه منه مدعياً أنها أنت به بعد سنة من غيبته عنها. وقد ينجح الزوج، محتالاً، في ذلك الإثبات وتفشل الزوجة في كشف حقيقة هذا الزور.

وهكذا نتواجد في مواقف لا يثبت فيها النسب ويضيع الولد وتلصق التهمة بالأم. ولقد توقع المشرع المصرى هذا المسلك وتلك النتيجة فعلاً، فلم يجعل نظام عدم سماع الدعوى ما يؤدي إلى نفى النسب، مع أنه كان بالإمكان أن يقرر ذلك صراحة. وهو صنيع يحسب له، حيث ترك الباب مفتوحاً أمام الزوج إذا ما عاد إليه ضميره فيقر بنسب الولد. وهذا يصون شرف الزوجة بإبعاد تهمة الزنا عنها كما يحافظ على الولد من الضياع<sup>(٨١)</sup>.

ولقد استحسن المشرع الكويتي هذا الموقف فنص صراحة على أن للزوج أن يقر نسب الولد، على الرغم من ثبوت انتفاء التلاقي عادة، أو غيبة الزوج، ولكن دون أن يأخذ بنظام عدم سماع الدعوى<sup>(٨٢)</sup>.

ولكن ما نلاحظه باقياً، وهذا هو الخطر، هو أن ثبوت النسب في حالة الإنكار يظل رهناً بإرادة الزوج إن أراد أقر النسب، وإن لم يرد انتفى النسب وضاع الولد والشرف.

الأمر الذي يدفعنا إلى محاولة التأمل نحو تعديل هذا النظام بما يخلصه من سلبيته وتطويره بإيجاد الوسيلة التي تسمح للزوجة بتقديم البرهان على أن الولد ينسب للزوج المدعى عليه.

(٨١) د. زكي الدين شعبان - المرجع السابق - ص ٥٧٣. د. محمد محبوب. المرجع السابق ص ٥٥٥.

(٨٢) انظر م ١٦٩ أحوال شخصية كويتي.

صحيح أن إيجاد هذه الوسيلة كان مستحيلا بالأمس، حيث لم يكن يوجد، في مثل هذا المجال، دليل آخر يناهض ثبوت عدم التلاقى الذى يفيد ظاهرا عدم أحقية الزوجة فى ادعائها نسب الولد لزوجها. ولربما كان ذلك مبررا للجوء المشرع إلى أسلوب القرينة القاطعة<sup>(٨٣)</sup>.

٤٠- أما اليوم فإن المعطيات العلمية الحديثة تفيد - كما سنرى فيما بعد، بأن نتائج تحليل الدم يمكن أن تقدم لنا الدليل الشافى فى هذا الصدد.

الأمر الذى يوصلنا إلى القول بأنه إذا كان نجاح الزوج فى إثبات عدم تلاقىه مع زوجته أو غيبته عنها دليلا فى الظاهر على أن الولد ليس منه، فإن نتيجة فحص الدم، إذا ما أفادت أنه الأب الحقيقي له، تؤدي إلى سقوط هذا الظاهر. ومن ثم وجوب ثبوت نسب الولد منه. الأمر الذى يقوى ويدعم قاعدة الولد للفراش.

إنه يلزم إذن أن يتحول المشرع من اتباع أسلوب القرينة القاطعة إلى أسلوب القرينة البسيطة. تلك التى تبدأ بافتراض أن الابتعاد أو عدم التلاقى قرينة بسيطة على أن الولد ليس من الزوج. ولا يمكن إثبات عكس ذلك إلا بالدليل القاطع. ولا محل للخشية من هدف المشرع الذى ابتغاه من عدم سماع الدعوى وهو الضرب على أيدي النسوة التى فسدت أخلاقهن. ذلك أن انتفاء النسب فى حالة عدم التلاقى أو الغيبة يكون مرجحا على غيره من أدلة غير قاطعة على نسب الولد

(٨٣) انظر فى انتفاء فكرة القرينة القاطعة وأنها ليست فى الواقع قواعد إثبات وإنما قواعد موضوعية:

- د. منصور مصطفى منصور الإثبات فى المواد المدنية والتجارية. مذكرات على الآلة الكاتبة جامعة الكويت ٨٠ : ١٩٨١ ص ٨٧ وما بعدها.

- د. اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام ج ٢ - أحكام الالتزام والإثبات ١٩٧٩ بند ٣٣ وما بعده.

- عبد المنعم فرج الصدة. الإثبات فى المواد المدنية ط ٢ ١٩٥٢ بند ٢٢٧ وما بعده.

- د. جميل الشرقاوى. الإثبات فى المواد المدنية ١٩٧٩ بنود ٥٥ وما بعده.

للزوج المدعى عليه. وهو ما يعنى عدم دفع قرينة مجيء الولد من غيره إلا إذا كان بيد الأم الدليل القاطع. فإن استطاعت الأم أن تثبت ذلك وهو أمر يمكن بشأنه الاستعانة بالفحص الحديث للدم، فلا ضير على الزوج أن يلزمه النسب إذا أفادت التحاليل الطبية ذلك. ويعد ثباته لعدم التلاقى دليلاً ضعيفاً على نفي النسب عنه فى مواجهة نتيجة فحص الدم كدليل قوى يفيد ثبوت النسب منه. والحكم يسير على مقتضى الدليل القوى لا الدليل الضعيف.

إن التسليم بإجراء فحص الدم، فى هذا الصدد، سيؤدى إلى منع التحايل ودعاوى التشهير الدنيئة. فالزوج الذى يعلم أنه الأب الحقيقى لن يفيد التحايل فى إثبات عدم التلاقى أو الغيبة عن زوجته للوصول إلى التنصل من نسب الولد الذى جاءت به زوجته وهو يعلم أنه منه. كذلك الأمر بالنسبة للزوجة، فلن تجرؤ على التحايل فى إلصاق نسب ولدها لزوجها وهى تعلم أنه ليس منه.

ولكن التسليم بهذا الدليل يتوقف على بيان قيمته العلمية. كما يتوقف على مدى التغلب على ما يواجهه من صعوبات. وهذا ما سوف نواجهه<sup>(٨٤)</sup> ولكن ليس قبل أن نكشف عن باقى المشكلات التى عزمنا على كشفها.

### المطلب الثانى

#### نفى النسب كأثر لللعان

٤١ - رأينا أن قاعدة الولد للفراش تؤدى إلى ثبوت النسب دون حاجة إلى إقرار الزوج أو بينة تقيمها الزوجة. فالزواج يبيح اتصال الزوج ويقصرها عليه وحده دون غيره. ومن ثم فالولد الناتج عن هذا الاتصال يكون منه<sup>(٨٥)</sup>. فإذا اتهمها بأن الولد ليس منه وأراد نفيه لزم أن يطلب من القاضى إجراء اللعان فإذا ما توافرت

(٨٤) انظر فيما سيلي بند ٥٠ وما بعده.

(٨٥) انظر فيما سبق بند (٦).

الشروط اللازمة لإجرائه قام القاضي بإجراء الملاعة<sup>(٨٦)</sup>. وذلك بأن يتندى القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يشهد بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به من نفى الولد والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين، ثم تحلف المرأة أربع مرات أنه من الكاذبين، والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين<sup>(٨٧)</sup>.

(٨٦) ولقد اتفق فقهاء المسلمين على اشتراط قيام الحياة الزوجية حقيقة، أو حكما بأن تكون المرأة مطلقة طلاقا رجعيًا ومازالت في العدة سواء دخل بها الزوج أم لم يدخل. إلا أنهم اختلفوا حول نطاق تطبيقه، فذهب الحنفية إلى عدم صحة اللعان إلا بشأن عقد الزواج الصحيح. أما الزواج الفاسد والطلاق البائن فلا يجوز فيه اللعان ولا يمكن نفى الولد.

أما جمهور الفقهاء، فقد أجازوا اللعان في الزواج الفاسد إذا كان بين الزوجين ولد وأراد الزوج نفى نسبه منه. ذلك أن النسب كما ثبت بالزواج الصحيح يثبت بالزواج الفاسد. وما دام النسب ثبت من الزوج بالنكاح الفاسد فينبغي أن يتمكن من نفيه باللعان. وأجاز المالكية صراحة اللعان في شبهة الزواج، وإن لم تثبت الزوجية، فكل نكاح يلحق منه الولد فيه اللعان. فلو وطئ الرجل المرأة في نكاح فاسد أو بشبهة لجاز اللعان لنفي الولد. وقال الشافعية يجوز اللعان في حالات البينة والدخول في الزواج غير الصحيح أو بشبهة. أما عن الشروط الواجب توافرها في المتلاعنين، فقد ذهب الحنفية إلى اشتراط أن يكون الزوجان مسلمين، بالغين، حرين، عدلين، عاقلين غير محدودين في قذف. وأن يكون الزوج أهلا للشهادة.

أما جمهور الفقهاء فيذهب إلى أن اللعان يصح بين كل زوجين مسلمين أو غير مسلمين، عدلين أو فاسقين، محدودين في قذف أو غير محدودين ولا يشترطون إلا أن يكون المتلاعن مكلفا بأن يكون بالغًا عاقلًا. ولقد صرح المالكية بأن اللعان يجري بين الفاسقين، وبين المسلم والكتانية. وكذلك الأمر في الفقه الحنبلي (انظر المغني على الشرح الكبير، ج ٩ ص ٤: ٦، ج ٧: ص ٣٩٢، ٣٩٣).

انظر في ترديد هذه الشروط عن الفقه الإسلامي حكم التمييز الكويتي الصادر في ٢٤/٣/١٩٨٨ في الطعن رقم ٨٧/٢١ أحوال استئناف عليا - دائرة التمييز مجلة القضاء والقانون السنة ١٦ العدد الأول مارس ١٩٩٥ ص ٣٢٩.

(٨٧) والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين. والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ويدروا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين. والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴿سورة النور آية ٦: ٩﴾.

وإذ يتم اللعان على هذا النحو، فإن القاضي يحكم بنفي نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بالأم ثم يفرق بين الزوجين كأثر حتمي للملاعنة<sup>(٨٨)</sup>.

وبينما نلاحظ ضيق نطاق اللجوء إلى اللعان كوسيلة لنفي النسب، في ظل المذهب الحنفي، حيث يقصر إعمال هذه الوسيلة في حالة الزواج الصحيح، فإن الأمر على عكس ذلك عند الجمهور، إذ يقرون هذه الوسيلة سواء أكان الزواج صحيحاً أم فاسداً، بل حتى في شبهة الزوج.

ولم تعرض نصوص القانون المصري لللعان، إلا أن المذكرة الإيضاحية نصت على أن فراق اللعان باق على حكمه في مذهب الحنفية<sup>(٨٩)</sup>. وإذن يكون المعمول به اليوم في ظل هذا القانون هو عدم إمكان نفي نسب الولد باللعان، إلا إذا كان الزواج صحيحاً. أما في الزواج الفاسد والوطء بشبهة فلا يمكن أن ينفي النسب عنه باللعان<sup>(٩٠)</sup>.

ولقد اتجه المشرع الكويتي نحو رأي جمهور الفقهاء فأجاز اللعان في جميع حالات ثبوت النسب بغير ادعاء نتيجة لفراش في زواج صحيح، أو دخول في

(٨٨) إذا التعنا فرق الحاكم بينهما ولا تقع الفرقة حتى يقضى بالفرقة على الزوج فيفارقهما بالطلاق، فإن امتنع فرق القاضي بينهما ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحقه بأمه. وقبل أن يفرق الحاكم لا تقع الفرقة، والزوجية قائمة، فيقع طلاق الزوج عليها، وظهاره، وإيلاؤه ويجرى التوريث بينهما إذا مات أحدهما. ولو أنهما امتنعا عن اللعان بعد ثبوته أو امتنع أحدهما يجبرهما الحاكم عليه (الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٤٦٤).

(٨٩) المذكرة الإيضاحية للقانون ٥٢ لسنة ١٩٢٩ عن أحكام الطلاق والنفقة والعدة والمهر وقد جاء فيها أن مما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو اللعنة أو إياء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبي حنيفة.

(٩٠) وهذا يعني أن الولد في النكاح الفاسد وفي الوطء بشبهة أحسن حالاً منه في النكاح الصحيح. ولذا يجدر الأخذ برأي فقهاء المذاهب الأخرى الذين يجيزون نفي النسب باللعان في النكاح الفاسد، كما يجوز في النكاح الصحيح.

زواج فاسد أو بشبهة. هذا الذي يعني اتساع مجال اللجوء لهذا الإجراء، في القانون الكويتي، كوسيلة لنفي النسب<sup>(٩١)</sup>.

والواقع أن محل الملاءنة واقعة يدعيها الزوج بينما تنكرها الزوجة. وهذه الواقعة تختلف باختلاف غرض الملاءنة. فإذا كانت الملاءنة للزنا المجرد فإن محل الملاءنة يكون واقعة الزنا. وإذا كانت الملاءنة للزنا ونفى الولد فإن محل الملاءنة يكون واقعة الزنا ونفى النسب.

وبتحقق الأمر نلاحظ أن الزوج وإن كان يستطيع أن يحلف أو يشهد على سبيل القطع أو البت على أن الزوجة قد ارتكبت الزنا وأنه صادق فيما يقول، وفي المقابل تحلف الزوجة أو تشهد على سبيل القطع أو البت أيضا أن زوجها كاذب فيما يقول، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة لواقعة نفى الولد. لأن هذه الواقعة الأخيرة لا يمكن أن يرد عليها يمين أو شهادة الزوج على سبيل القطع أو البت.

فالزوج لا يستطيع أن يؤكد على سبيل القطع أن الولد ليس منه حتى ولو كان صادقا في اتهامه لزوجته بواقعة الزنا. إذ قد تكون الزوجة مرتكبة للزنا فعلا، إلا أن الولد يكون ابنه بأن يكون الحمل قد حدث منه.

ولهذا السبب فإن فقهاء الإسلام لم يذهبوا إلى اعتبار الولد الذي انتفى نسبه بالملاءنة أجنيا عن الزوج الملاءن بصفة مطلقة.. بل اعتبروه. كما سنرى<sup>(٩٢)</sup>. كالابن، وذلك في كثير من الحقوق الشرعية.

ولنفس السبب ذهب قول في فقه الحنفية<sup>(٩٣)</sup> إلى عدم جواز اللعان لنفي النسب إلا عند التيقن من صحة ادعاء الزوج، فقالوا إن المرأة إذا جاءت بولد لأقل

(٩١) ويأخذ القانون اليمني باتجاه الجمهور في اللعان كسبب للتفريق. انظر في ذلك د. عبدالفتاح محمد أبو العنين. القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات اليمني.

(٩٢) انظر فيما سيلي بند ٦٨.

(٩٣) وهو قول لأبي يوسف ومحمد انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج ٣ ط ٢ ص ٢٣٠ دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

من ستة أشهر من وقت قذف الزوج لها بالزنا فإن اللعان يكون جائزاً. لأننا نكون قد تيقنا من أن الحمل قد حدث وقت القذف. أما إذا جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر فإن اللعان يكون غير جائز. لأننا لا نكون قد تيقنا من أن الحمل كان موجوداً وقت القذف.

ونرى أن الأخذ بهذا الحكم يستلزم التأكد مما إذا كان الزوج قد اتصل بزوجه في نفس الطهر الذي قذفها فيه، أم لا. إذ قد يكون قد اتصل بها وحملت منه في نفس الطهر الذي قذفها فيه ولا شك أن هذا أمر إثباته عسير لأنه لا يطلع عليه أحد غيرهما.

ولكن يحمد لهذا الرأي أنه حاول البحث عن وسيلة يحمي بها نسب الولد المهدد بالضياح.

٤٣ - إنه في إطار هذا التفكير، وبالرجوع إلى ما استجد في زماننا من معطيات علمية مؤكدة في مجال فحص الدم. نرى ضرورة الأخذ بتحليل الدم كوسيلة تدفع بها الزوجة العار عن نفسها والضياح عن ولدها.

إن الاستمرار في منع الأم من الاستعانة بهذه الوسيلة في ظل المعطيات العلمية الحديثة أمر يدعو للأسف. لأنه ليس من الصواب والمنطق أن نرى الزوج يقدم على نفى الولد الذي أتت به زوجته لمجرد الشك في أنه ليس منه، ونقره على ذلك، ونمنع على الزوجة الاستعانة بدليل علمي يحسم ما إذا كان الزوج هو الأب الحقيقي أم لا.

هذا، ويجب التنبيه إلى أن توصل الزوجة إلى ثبوت نسب ولدها من زوجها، إذا ما كشف فحص الدم عن أنه الأب الحقيقي، أمر لا يتعارض كما سنرى فيما بعد - مع بقاء اللعان قائماً كإجراء شرعي يلجأ إليه الزوج لدفع المعرة عنه.

فنحن إذ نطلب الاستعانة بفحص الدم كوسيلة لحماية الولد من الضياح، لا نهدر حق الزوج في طلب إجراء اللعان. فلربما يكون متأكداً من صلة زوجته غير المشروعة بغيره. وهنا يكون من حقه طلب إجراء اللعان، إلا أن وجود هذه الصلة غير المشروعة لا تقطع بأن

الولد من صاحب هذه العلاقة المحظورة. فقد يكون الحمل قد حدث من الزوج. وهنا يكون من حق الزوجة، أن تلجأ لفحص الدم لإثبات حقيقة النسب. وهو أيضا حق للولد<sup>(٩٤)</sup>. وبمعنى أكثر وضوحا لا يعد الأخذ بأسلوب فحص الدم في مجال النسب. وهذا ما سوف ندلل عليه في مكانه المناسب<sup>(٩٥)</sup>. متعارضا مع اللعان كإجراء شرعى للتفريق بين الزوجين.

تبقى مشكلة أخيرة فلنعرض لها

### المطلب الثالث تنازع النسب

٤٤ - قد يثور تنازع النسب سلبا وقد يثور إيجابا. ويتصور حدوث هذا التنازع بنوعيه عندما تقع الفقرة بين الزوجين، ثم تتزوج المرأة برجل آخر، ثم تأتى بولد فى مدة يحتمل فيها حدوث الحمل من المطلق، كما يحتمل حدوثه من الزوج الثانى. فإذا تمسك كل منهما بنفى نسب الولد منه، فإننا نكون بصدد تنازع سلبى. وإذا تمسك كل منهما بثبوت نسب الولد منه، فإننا نكون بصدد تنازع إيجابى.

٤٥ - ومثال التنازع السلبى أن يطلق الرجل زوجته بعد الدخول بها. (وليكن الطلاق فى ١/١/١٩٨٠) ثم تقرر بانقضاء عدتها فى ١٥/١٠/١٩٨١، وفى الحال تتزوج رجلا آخر، ثم تأتى بولد وليكن فى ١٥/٢/١٩٨٢ فهنا يلاحظ أن المدة المنقضية من تاريخ الطلاق وحتى الاتيان بالولد أكثر من ستة، وأن المدة المنقضية من تاريخ الزواج الثانى وحتى الولادة أقل من ستة أشهر. وإذ يدعى كل من الرجلين نفى النسب عنه، فهذا يعنى أننا بصدد تنازع سلبى. والواقع أن نصوص القانون المصرى والكويتى تضعنا أمام هذا التنازع دون أن تحسمه.

(٩٤) انظر فيما سيلي بند ٧٤.

(٩٥) انظر فيما سيلي بند ٦٠ ما بعده.

فمن جهة أولى، لا ينسب الولد للمطلق لأن الولادة جاءت بعد أكثر من سنة على تاريخ الطلاق. فهذا مقتضى إعمال المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعدم سماع الدعوى فى حالة إنكار نسب ولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق.

وهو نفس الحل إذا ما طبقنا ١٧١ م من قانون الأحوال الشخصية الكويتى. حيث تقضى بأن النسب لا يثبت فى حالة الإقرار بالعدة إلا إذا توافر شرطان الأول، أن تكون المدة بين الولادة والإقرار أقل من ستة أشهر والثانى، أن تكون المدة بين الولادة والطلاق أقل ٣٦٥ يوما. وحيث تخلف الشرط الثانى حيث إن المدة أكثر من سنة فلا يثبت النسب للمطلق.

ومن جهة ثانية لا يثبت النسب للزوج الثانى، لأن المدة المنقضية من وقت إبرام الزواج وحتى الولادة أقل من ستة أشهر. وهذا طبقا للمعمول به فى القانونين المصرى والكويتى.

٤٦ - أما بالنسبة للتنازع الإيجابى فمثاله، أن يطلق الرجل زوجته بعد دخوله بها، ثم تقر بعد مضى (٦٠ يوما) من طلاقها بانقضاء عدتها، ثم تتزوج رجلا آخر، ثم تأتى بولد بعد زواجها الثانى. وإذ يدعى الرجلان نسب الولد، فهذا يعنى أننا بصدد تنازع ايجابى. وهنا يثور السؤال: لمن يكون النسب؟

قد يبدو الأمر سهلا ولا تثار مشكلة فى فرضين: الفرض الأول، عندما تأتى الولادة بعد الزواج الثانى لأكثر من ستة أشهر إذ ينسب الولد للزوج الثانى<sup>(٩٦)</sup>.

أما الفرض الثانى، فيكون عندما تأتى الولادة بعد الزواج الثانى لأقل من ستة

---

(٩٦) قلنا يبدو لأننا نتصور أن من الممكن أن تكون المطلقة قد تزوجت سرا بالزوج الثانى بعد الطلاق مباشرة وبذلك يمكن أن تأتى بالولد لأقل من ستة أشهر ويكون الأب الحقيقى هو الزوج الثانى، رغم أن النصوص تفيد أن النسب يكون للأول.

أشهر وهنا ينسب الولد للزوج الأول. وتعد الزوجة كاذبة أو مخطئة في إقرارها بانتهاء العدة.

والواقع أن نزاعاً من هذا القبيل قد عرض على محكمة الجمالية الشرعية في ١٢/١١/١٩٢٧ وتتلخص وقائع النزاع في أن رجلاً طلق زوجته طلاقاً بائناً في ٢٥/١٢/١٩٢٦ وتزوجت برجل آخر في ٨/٢٦/١٩٢٦ ثم وضعت ولداً في ٢٥/١٢/١٩٢٦ أي قبل مضي ستة أشهر من الزواج الذي يعتبر إقراراً ضمنياً بانقضاء العدة، فرفع الزوج الأول دعوى يطلب فيها ثبوت الولد منه، وتسليمه إياه، وعدم تعرض الأم والزوج الثاني له.

وبالفعل قضت المحكمة بثبوت نسب الولد من المدعى. وجاء في حيثيات الحكم «ومن حيث إن زواج المدعى عليها الأولى بالمدعى عليه الثاني بتاريخ ٢٦ أغسطس سنة ١٩٢٦ يعد إقراراً ضمنياً منها بانقضاء عدتها، وأنت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الإقرار، ولأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن يثبت نسبه من المطلق. وتعد المدعى عليها كاذبة في إقرارها بانقضاء عدتها. وقد استؤنف الحكم، إلا أنه تأيد استئنافاً<sup>(٩٧)</sup>.

إلا أن الأمور لا تسير على هذا المنوال. فقد يحدث أن يكون الطلاق في ١/١/١٩٨٠ مثلاً ثم تقر الزوجة بانقضاء عدتها في ١/٣/١٩٨٠ ثم تتزوج رجلاً آخر في الحال، ثم تأتى بولد بعد زواجها الثاني وليكن في ١٥/٩/١٩٨٠.

فهنا يلاحظ أن المدة المنقضية بين الطلاق والإتيان بالولد أقل من سنة وأن المدة المنقضية بين الزواج الثاني والولادة لأكثر من ستة أشهر. وإذا يدعى كل من الرجلين الولد، فإن السؤال لمن يكون؟

(٩٧) محكمة الجمالية الشرعية ق ٢١٩٤ / ٢٦ مجلة المحاماة الشرعية السنة ٣ ص - ٤٧٩. أحمد نصر الجندى - مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ص - ١٢٧٧ وذكره د. بدران أبو العينين بدران. المرجع السابق ص - ٣٠، ٣١.

بفحص نصوص القانون المصرى نجدها لم تحسم مثل هذا النزاع.

من جهة أولى، يمكن القول إن النسب يثبت من المطلق؛ لأن الإتيان بالولد جاء قبل مضي سنة على الطلاق. فهذا هو ما تقضى به المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

ومن جهة ثانية يمكن القول بأن النسب يثبت من الزوج الثانى؛ لأن الإتيان بالولد جاء لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الزواج. وهى المدة الكافية لعلوق الحمل وتكوين الجنين ونزوله حيا.

٤٧ - والواقع أن مشكلة تنازع النسب سواء السلبى أو الإيجابى قد واجهها فقهاء المسلمين.

فجاء فى المحلى أنه إذا تزوج رجلان بجهالة امرأة فى طهر واحد. أو ابتاع أحدهما أمة من الآخر فوطئها وكان الأول قد وطئها أيضا ولم يعرف أيهما الأول، ولا تاريخ النكاحين، أو الملكية، فظهر بها حمل فأتت بولد، فإنه إن تدافعا جميعا، أو لم ينكراه ولا ادعياه فإنه يدعى له بالقافة<sup>(٩٨)</sup>.

وجاء فى كشف القناع<sup>(٩٩)</sup> أنه إذا وطئ رجلان امرأة فى طهر واحد وطئا يلحق النسب بمثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما، مثل أن يطئ رجل امرأة آخر فى الطهر الذى وطئها زوجها فيه بأن يجدها على فراشه، فيظنها زوجته، أو يدعو زوجته فى ظلمه فتجيبه زوجته آخر، أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسدا. أو يكون نكاح أحدهما صحيحا والآخر فاسدا، وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما، فإنه يرى للقافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق. وسواء ادعياه، أو جحداه، أو ادعاه أحدهما وجحداه الآخر.

(٩٨) المحلى - تحقيق أحمد محمد شاكر - ج ١٠ دار التراث ص ١٤٨ مسألة رقم ١٩٤٥ .

(٩٩) ج ٢ ص ٤٣٩ .

والقافة، تعنى تتبع الآثار، وكذا النظر بفراصة فى وجوه الشبه بين شخصين لمعرفة أيتهما نسبة فى الأخوة أم لا<sup>(١٠٠)</sup>. وهو علم أقر جمهور الفقهاء بصحته ووجوب القضاء به فى الأنساب والآثار<sup>(١٠١)</sup> ومن الصور الحديثة للقافة والأكثر دقة فى وقتنا الحالى تحليل الدم واختبارات الوراثة. فالعلوم الطبية الحالية تفيدنا بأن نتيجة هذه التحاليل والاختبارات تعد - كما سوف نرى - دليلا على نفى النسب أو إثباته بطريقة لا تقبل الشك.

وترتبا على ذلك فإننا نرى ضرورة اللجوء إلى هذا الدليل العلمى كوسيلة تحسم مشكلة تنازع النسب سواء السلبى أو الإيجابى. فأمام ادعاء المتنازعين، بالصورة التى عرضناها، يصبح من الصعب تقديم ادعاء على آخر دون الاعتماد على مثل هذا الدليل العلمى، وإلا جازفنا بحلول قائمة على الشك والاحتمال فى زمن يقدم لنا شبه اليقين، إن لم يكن اليقين ذاته.

وهكذا تنضم مشكلة تنازع النسب إلى مشكلة عدم قبول دعوى النسب، وإلى مشكلة نفى النسب بطريق اللعان، فيتسع نطاق دعوتنا للأخذ بتحليل الدم كوسيلة لإثبات النسب أو نفيه. هذا الذى يحفظ الأولاد من الضياع والأنساب من الاختلاط. هدف حاول الفقهاء تحقيقه لدرجة أنهم قرروا بعض الأحكام التى لا تتفق مع مجارى العادات<sup>(١٠٢)</sup>.

ولكن تشوقنا للأخذ بهذا الدليل يتوقف على إبراز الدور الذى يقدمه فى هذا المجال. هذا الذى سوف نراه.

(١٠٠) الشيخ أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية. المرجع السابق ط ١٩٨٥ ص - ٤٦٣ .  
(١٠١) المحلى. المرجع السابق ص - ١٤٩ . وانظر فيما سيلي بند ٧٠ وما بعده.  
(١٠٢) زكى الدين شعبان. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية. منشورات جامعة قار يونس. بنغازي. ١٩٨٩ ص - ٥٥٦ .

## الفصل الثانى

### دور الفحص الحديث للدم فى علاج المشكلة السابقة

٤٩ - أمام المواقف المتنوعة السابق بيانها، والتي قاسمها المشترك ظهور مشكلة ضياع الأنساب واختلاطها، فضلا عن ضياع الشرف ظهرت لنا ضرورة الأخذ بالفحص الحديث للدم، ولا سيما أن هذه المواقف التى عرضنا لها تتضمن موقفا لطرفى النزاع لا يرجح فيهما موقف على آخر؛ لأنه ترجيح بلا مرجح. ولا يلغى قول أحدهما قول الآخر. كما لا يمكن إعمال قوليهما معا.

وإذ يظهر واضحا ضرورة الاعتماد على الفحص الحديث للدم لترجيح أحد الموقفين على الآخر، فإن الأمل يبقى معقودا على بيان القيمة العملية لهذا الفحص، والتغلب على الصعوبات التى يمكن أن تعترض سبيل استخدامه كدليل فى مجال النسب.

فلنستعرض إذن فى (مبحث أول) القيمة العلمية لهذا الفحص ثم نبين فى (مبحث ثان) الصعوبات التى يمكن أن تواجه استخدام هذه الوسيلة، وكيف يمكن التغلب عليها.

## المبحث الأول

### القيمة العلمية لفحص الدم فى مجال النسب

٥٠ - نقصد، بالقيمة العلمية لفحص الدم فى مجال النسب، النتائج التى يقدمها هذا الفحص كدليل لإظهار الحقيقة فى هذا المجال ثم موقف القضاء من هذه النتائج. ولذا سنوزع دراستنا لهذا المبحث على مطلبين.

المطلب الأول: النتائج العلمية لفحص الدم.

المطلب الثانى: موقف القضاء من نتائج فحص الدم.

## المطلب الأول النتائج العلمية لفحص الدم

٥١ - أفادت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي أن تحليل فصائل الدم قد تفيد في التحقق من انتفاء النسب عند المنازعة فيه أما بشأن ثبوته فالأمر مجرد احتمالات. واليوم تقدم العلوم البيولوجية الجديد فأصبح ممكناً عن طريق اختبارات علم الوراثة التحقق من ثبوت النسب لا انتفائه فقط. فلنرى هاتين المرحلتين: -

### الفرع الأول

#### نتائج فحص الدم دليل للنفي فقط

أظهرت الأبحاث العلمية، منذ فترة طويلة، أن دم أفراد بنى الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل، وأن لكل فصيلة خصائص محددة<sup>(١٠٣)</sup>. وعن طريق فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجة، والزوج، والولد، أمكن التوصل إلى أحد فرضين. الفرض الأول، ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين. وهذا معناه، أن الزوج ليس هو الأب الحقيقي للطفل وذلك على وجه التأكيد.

أما الفرض الثاني، فتظهر فيه فصيلة دم الطفل متوافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين. وهذا معناه، أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي، وقد لا يكون. ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الأب المدعى عليه واحدا منهم.

وعلى ذلك، وعلى ضوء هذه المعطيات العلمية المتاحة، في ذلك الوقت،

(١٠٣) انظر في عملية تصنيف فصائل الدم. د. بدر خالد الخليفة. مادة الأدلة الجنائية العملية. المرجع السابق ص (٦).

تبين أن فصائل الدم تفيد في الحصول على دليل نفي قاطع<sup>(١٠٤)</sup> ولكنها لا تفيد في الحصول على دليل إثبات مؤكد، بل هي قرينة يعوزها البرهان.

وهكذا يكون واضحاً أهمية هذا التحليل بالنسبة للطرف الذى يريد التوصل إلى دليل نفي. فهذا الفحص يمكن أن يفيد في خصوص دعواه، إذ قد يثبت من نتيجة التحليل أن الطفل لا يمكن أن ينسب إليه.

وهو ما يفسر لنا جواز تمسك الخصوم أمام المحاكم بضرورة فحص الدم، في مجال النسب، بهدف الحصول على دليل نفي للبنوة<sup>(١٠٥)</sup> وجواز اعتبار رفض مثل هذا الطلب من جانب محكمة الموضوع إخلالاً بحق الدفاع مما يستوجب معه نقض الحكم<sup>(١٠٦)</sup>.

(١٠٤) انظر: M. Michel Godfryd . Les expertises Médicales . les Universite de France . P. 45 .  
La comparaison des groupes sanguins entre le parent allegue et l'enfant ne peut conduire qu' a affirmer que la personne inculpée ne peut pas être le parent. Mais cette méthode ne peut pas conclure par l'affirmative.

انظر الشيخ أحمد ابراهيم . مقارنة الدم: طرق الإثبات، الشرعية ط ١٩٨٥ . ص . ٤٧٣ .  
(١٠٥) في القضاء المصري انظر: نقض مدني - طعن رقم ٣٠ لسنة ٤٦٠ أحوال شخصية في ٣/١/١٩٧٨ (٢٩ - ١٢٩ - ٦٥٨) .

نقض مصري - طعن رقم في السنة ٣٣ أحوال شخصية في ٧/١٢/١٩٦٦ (١٧ - ٢٦٢ - ١٨١١) .  
نقض جنائي طعن رقم ١٢١٧ لسنة ٣٨ في ٢١/١٠/١٩٦٨ (١٦٨ - ١٩ - ٨٥٠) .  
وفي القضاء الفرنسي المستقر منذ فترة طويلة انظر:

- Nice . 17 Nov . 1937 . D. H. 1938 . 1069 .

- Civ ., 25 Juin 1949 . D. 1949. 585 note carbonnier -J.C.P. 1949. J-502.

- Paris 12 avr. 1957 , D 1957 . 436: S. 1957. 342.

- Cive., 1 re , 13 Janv . 1959 . J. C. P. 1959 II . 1069, note p. E - D. 1959 . 45 note  
Holleaux - R. T. D. Civ, 1959 . 303 obs. Desbois. .

- Paris 13 mars 1961 - D . 1961 . 285 . Holleaux . S. 1961 . 269 .

(١٠٦) نقض جنائي. طعن رقم ١٢١٧ لسنة ٣٨ ق - سابق ذكره حيث قضت المحكمة بأنه متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تفيد أن تحليل فصائل الدماء قد تقطع نتيجته في نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه، وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته، =

أما بالنسبة للطرف الذى يريد التوصل إلى دليل إثبات، فلن يجدى معه هذا التحليل. فالزوجة العفيفة التى اتهمها زوجها زورا وبهتانا بأن الولد ليس منه لن تجد فى تحليل الدم الوسيلة التى تنهض لإثبات أن الطفل يعزى للزوج. غاية ما تحصل عليه هو احتمالات غير مؤكدة، لا تؤدي إلى أى اقتناع بصحة موقفها.

أما اليوم، وقد أضاف التقدم البيولوجى فى مجال علم الوراثة، إلى المعطيات العلمية السابقة (حيث كان فحص الدم يعتمد على نظام الفصائل) معطيات علمية أكثر تطورا (حيث أصبح من الممكن الاعتماد على ما لا يقل عن عشرين نظاما لفحص الدم)<sup>(١٠٧)</sup>، فإنه كان وحتما أن تضاف نتائج جديدته على نحو ما سوف نتابع.

## الفرع الثاني

### نتائج فحص الدم دليل مؤكد للنفى أو الإثبات

٥٣ - على إثر اكتشاف حمض معين فى جسم الإنسان، أمكن اكتشاف جزء معين فى تركيب هذا الحمض. ويتميز هذا الجزء بأنه يحمل الصفات الوراثية

= واتحاد الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع أيا كان الرأى العلمى فيه هو اعتبار عام لا ينهض فى وجه ما تمسك به الطاعن فى خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبته إليه ولو بدليل محتمل، محتكما إلى الخبرة الفنية البحتة التى لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها. لما كان ذلك، وكان لا يعرف حاصل ما كان ينتهى إليه رأى المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل الفصائل أن الطفل لا يمكن أن يعزى إلى المتهم، وكان رد الدفاع يحدث فى وجدان القاضى ما يحدثه دليل الثبوت. لما كان ما تقدم، فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعى، أما وهى لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصول والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفنى فى مسألة فنية، ومن ثم يكون حكمها معيبا بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه والإحالة دون حاجة إلى التعرض لسائر الطعن.

Mira (A.), Mali (M) et Malicier (D.), L'identification en medecine legale. ed. Alexandre (١٠٧)

Lacassagne loyon 1991

وبصفة خاصة ص ١٦٩ وما بعدها حيث يعرض لمختلف هذه الأنظمة سواء فيما يتعلق بإثبات البنية أو نفيها.

الخاصة بكل فرد<sup>(١٠٨)</sup> والتي تبقى ملازمة له مدى حياته، ولقد سميت هذه الصفات بالبصمة الوراثية لأنه لا يتشابه فيها إنسان مع آخر. فلكل إنسان على وجه الأرض بصمته الوراثية الخاصة به<sup>(١٠٩)</sup>.

ومعرفة البصمة الوراثية لشخص ما يتم عن طريق فحص الحمض النووي لأحد المواد السائلة في جسمه (كالدّم، والمني، واللعاب. أو لأحد أنسجة الجسم (اللحم أو الجلد). أو مواد أخرى (كالشعر، والعظام)<sup>(١١٠)</sup>. وهكذا أمكن الاستفادة من هذا الكشف العلمي في التوصل إلى ما إذا كان الأثر الأدمي الخاضع للفحص يخص شخصا معينا أم لا. وبمعنى آخر أمكن اعتبار هذا الفحص دليل نفى أو إثبات بطريقه أكيدة، في كثير من المجالات<sup>(١١١)</sup>.

(١٠٨) يعد هذا الجزء مخزنا للمعلومات الوراثية بشأن نوع فصيلة الدم، ونوع بروتينه وإنزيماته، وشكل بصمات أصابعه، ولون البشرة، والشعر، والطول، والنوع.

د. بدر خالد الخليفة. مادة الأدلة الجنائية العملية المرجع السابق ص - ١٣ : ١٨ .

(١٠٩) عدا التوائم المتماثلة، انظر د. بدر الخليفة المرجع السابق ص - ١٧ . وانظر أيضا الطب الشرعي بين الادعاء والدفاع مجموعة من كبار الأطباء والكيميائيين الشرعيين. نقابة المحامين - لجنة المكتبة والفكر القانوني - مكتبة المحامي. ج ٢ - ١٩٩٢ - ص ١١٧١ .

(١١٠) من خصائص البصمة الوراثية أن الأثر الأدمي المتروك والذي عن طريقه يتم عمل بصمة الوراثية يحتفظ ببعض خصائصه فترة من الزمن حيث تقاوم عوامل الرطوبة والحرارة والنقص انظر في ذلك: د. بدر الخليفة والمرجع السابق ص ١٧ وانظر أيضا:

M. CLEMENT . Sciences Legales , et police Scientifi yues. 1987 P. 76 et s.s.

(١١١) انظر Michel . Godfryd -المرجع السابق ص ٤٥ ، ٤٦ :

"La toute nouvelle technique des empreintes geneti- ques est bien plus performante, car sa fiabilite est quasiment de l'ordre de 100% Son principe repose sur le fait que des polymorphismes de l' ADN (support des caracteres hereditaires) ont recemment été mis en évidence . Il s' agit de sequences d' ADN qui comprennent un nombre variable de petites series repetitives . Ces Sequences variables se transmettent selon les lois mendeliennes de l' heredite. Des sondes moleculaires permettent de detecter ces variations produisant la realisation des empreintes de restriction qui donne un profil ressemblant aux = codes a barres utilises dans le commerce . Cette technique , qui n'est donc pas specifique

ولقد وجد هذا الكشف تطبيقاته السريعة والقوية فى مجال علم الجريمة<sup>(١١٢)</sup>، حيث البحث عن الفاعل الحقيقى للجريمة عن طريق الربط بين بصمة الحمض النووى للمتهم وبين بصمة الحمض النووى الموجود فى الأثر الأدنى المتروك مكان الجريمة .

وفى مجال النسب فلقد أتاحت دراسة توافق الصفات المميزة الموجودة فى الحمض النووى للأم وتلك الموجودة فى الحمض النووى للطفل إلى تخريج تركيبة لا توجد إلا عند شخص واحد فقط هذا الشخص هو الأب الحقيقى أو البيولوجى للطفل . وعليه إذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه بأنه الأب، فهذا يعنى . شبه يقين . أنه الأب الذى منه كان الطفل<sup>(١١٣)</sup> .

وهكذا لم يعد فحص الدم قاصرا على دوره التقليدى وهو كونه دليلا مؤكدا على نفى البتوة، وإنما أصبح له دور حديث حيث صار دليلا على إثبات البتوة وبطريقة لا تقبل الشك<sup>(١١٤)</sup> .

des actions en recherche de paternité (ou de maternité), peuvent être pratiquées sur n'importe quel échantillon humain, sang sperme, cheveu, etc).

(١١٢) تستخدم فى قضايا السرقة، والقتل، والاغتصاب . ويتم رفع الآثار الموجودة لإثبات أنها مخلفات آدمية ثم تقارن بدم المتهم أو المجنى عليه .  
كما تستخدم فى المسائل المتعلقة بالمفقودين، والجثث المجهولة الهوية . (انظر د . بدر الخليفة - المرجع السابق ص ١٥) .

(١١٣) انظر :

Catherine Labrusse et Gerard Cornu, Droit de la filiation et progrès scientifiques, communications faites au colloque Famille et droit, ed. Economica, Paris, 1982 ,

وبصفة خاصة التقرير الطبى فى هذا الشأن :

Le rapp. Mme le docteur Denise Salmon .

وأيا الدراسة الطبية فى هذا الشأن :

L'étude des Docteurs Aline Marcelli et Pascal Prevost, H. L. A. et médecine légale, in H. L. A., complexe majeur d'histocompatibilité de L'homme, par Jean Dausset et Marika Pla, ed. Flammarion, Médecine - Sciences, 1985 .

R. T. D. iv., 1982 . P 595.

(١١٤)

ولأهمية هذا الفحص الحديث سواء في مجال النسب، أو غيره، ولخطورته في نفس الوقت، فلقد أوصت اللجنة القومية للأخلاقيات في فرنسا بقصر استخدامه على بعض المعامل المتخصصة والمعتمدة رسمياً. كما أوصت ألا يجرى هذا الفحص إلا بناء على أمر أو حكم قضائي - وأوصت أخيراً، ألا ينتدب في هذا المسائل كخبراء لدى المحاكم سوى المختبرات المعتمدة رسمياً، والمتخصصة في هذا المجال<sup>(١١٥)</sup>.

والحق أن الاعتماد على هذا الدليل العلمي لحسم كثير من مشكلات النسب ملمح بارز للقضاء الفرنسي، وهذا ما سوف نعرض له حالا، لعله يكون مفيداً في إقناع المشرع والقضاة، في مصر والكويت، بأن يعتدوا بهذا الدليل في أقرب وقت ممكن<sup>(١١٦)</sup>.

### المطلب الثاني

#### موقف القضاء من نتائج فحص الدم

٥٤ - يتضح للمتبع لأحكام القضاء الفرنسي، بخصوص دعاوى النسب، مدى الترحاب الذي قوبلت به النتائج الحديثة لأنظمة فحص الدم باعتبارها وسيلة نفى أو إثبات، بطريقة لا تقبل الشك، أو بالأحرى، بطريقة تقترب من اليقين. وهو ما يتأكد من خلال استعراضنا لعدد من المنازعات التي عرضت على القضاء. وذلك على النحو الآتي.

(١١٥) انظر المرجع السابق ص - (٤٦) . M. Michel Godfryd .

(١١٦) وقد أدخل ذلك النظام الرائع «أي الفحص الحديث للدم» بدول شقيقة بدأ فيها العمل الطبي الشرعي فترة وجيزة وجهزت له الإمكانات الكاملة الممتازة، أما نحن فما زلنا نعتمد على نظام الفصائل مثلنا كمثل أئمة مساجد القرى النائية الذين لا يعلمون شيئاً عن العالم وما زالوا يقرأون خطبة الجمعة من الكتب الصفراء ويدعون للسلطان عبدالحميد بالنصر» انظر الطب الشرعي بين الادعاء والدفاع. المرجع السابق ص ١١٧١ وما بعدها.

### أولا: دعوى تنازع النسب

٥٥ - فى هذا المجال، كانت باكورات الأحكام الصادرة من محكمة استئناف باريس<sup>(١١٧)</sup>. فى نزاع تلخص وقاعة فى أن سيدة متزوجة أنجبت طفلا وألحق نسبه لزوجها، ثم طلقت وتزوجت بآخر. وبعدها رفعت دعوى تطلب فيها نفي نسب الطفل من مطلقها وثبوته من زوجها الثاني. قضت محكمة الاستئناف فى ١١ ديسمبر ١٩٧٥ بتكليف خبير حددت مهمته بإجراء اختبارات الوراثة بالنسبة للأطراف المعنية، (الأم - الطفل، المطلق، الزوج الثاني) بغرض توضيح أى من الزوجين يعد مستبعدا ولا يعزى إليه نسب الطفل وأيهما لا يعد مستبعدا ويمكن اعتباره الأب. وفى حالة عدم الاستبعاد على الخبير - حددت المحكمة - أن يوضح درجة احتمال الأبوة.

وقد أودع الخبير فى ١٩٧٦/٣/٣ تقريره الذى يفيد استبعاد الزوج الأول واعتبار الزوج الثانى هو الأب الحقيقى للطفل على وجه يقترب من اليقين حيث قدر نسبة احتمالات الأبوة بدرجة تصل ٩٩٩,٨٤ من ألف. واستنادا إلى هذا التقرير قضت المحكمة فى ١٩٧٦/١٢/١٦ بلزوم ثبوت نسب الطفل إلى الزوج الثانى باعتباره الأب الحقيقى.

### ثانيا: دعوى إثبات البنوة الطبيعية

٥٦ - أيدت محكمة النقض فى ١٧ نوفمبر ١٩٨٢<sup>(١١٧)</sup> حكم محكمة الاستئناف فيما انتهت إليه هذه الأخيرة من ثبوت البنوة الطبيعية لطفل من الأب المدعى عليه بعد أن كشف فحص الدم الذى أمرت به المحكمة أنه من المستحيل استبعاده كأب. وقد رأت محكمة النقض أنه لا تثريب على محكمة الاستئناف إن هى التفتت عن إجابة طلب الأب المدعى عليه بإجراء فحص دم مكمل للفحص السابق بغرض تحديد نسبة ترجيح كونه الأب متى وجدت فى الفحص الأول ما يفيد استحالة أن الطفل لا يعزى إليه.

(١١٧) Paris 16-12-1976. D.1977. J. 133. note Massip.

(١١٧) R. Nerson et J. Rubellin - Devichi. les preuves scientifiques. R.T.D. Civ., 1983 p. 725.

وفى حكم آخر لها فى ١ فبراير ١٩٨٣<sup>(١١٨)</sup> أيدت حكم محكمة الاستئناف الذى قضى بنسب طفل للأب المدعى عليه بعد أن تبين أن فحص الدم قد قطع فى عدم استبعاد المدعى عليه وأن ترجيح اعتباره الأب يكاد يكون يقيناً<sup>(١١٩)</sup>. ولذا فلا تريب على محكمة الاستئناف أن ترفض طلب الأب المدعى عليه بإجراء فحوصات تكميلية لتحديد تاريخ بدء الحمل<sup>(١٢٠)</sup>، بهدف أن يثبت أن الحمل حدث فى الفترة التى كان متغيباً فيها ومن ثم لا يكون الحمل منه.

وحصيلة حيثيات الحكمين السابقين كما يقول أحد الفقهاء، هى أن الأب المدعى عليه يجد نفسه منساقاً إلى الكمية. إذ بطله إجراء فحص الدم، فى ظل المعطيات العلمية الحديثة التى تقطع بنتائج شبه يقينية لا فى إثبات النسب فقط وإنما فى إثباته أيضاً، إنما يشير بنفسه إلى نفسه بأنه الأب الحقيقى أو الأب البيولوجي<sup>(١٢١)</sup>.

Cass - 1 fev. 1983 - D- 1983 - I - 397 .

(١١٨)

R. T. D. iv - 1983 P. 725

(١١٩)

(١٢٠) لا يوجد - فى الوقت الحال - وسائل علمية تفيد فى تحديد بدء تاريخ الحمل بطريقه مؤكدة - وإذا كان من الممكن تحديد تاريخ تقرى، (بدءاً من الاعتماد على فحص الدم وفحص الطفل وقت ولادته كوزنه وطوله من ناحية، وعلى بعض الفحوصات الأخرى أثناء الحمل) كمعرفة آخر حيض للأم، وحجم الجنين عبر شهور الحمل)، فإن احتمالات الخطأ بخصوص مثل هذا التحديد التقريبى تكون واردة وقائمة وخاصة، أن مدة الحمل تختلف من امرأة لأخرى. وعلى هذا فإن تحديد التاريخ الصحيح لبدء الحمل أمر مازال فى نطاق الاحتمالات وليس يقين انظر فى ذلك:

M. J. Massip . note Sous Caur de Cassation . 1 fevr . 1983 . .

سالف ذكره

ومازالت الأبحاث مستمرة للوصول إلى نتائج مؤكدة فى هذا الشأن لدرجة تصل إلى حد معرفة تاريخ اليوم الذى حدث فيه الاتصال الجنسى الذى سبب الحمل - انظر فى ذلك:

R. Nerson et J. Rubellin - DEvichi - les preuves Scientifiques R. T. D. civ . 1983 P. 722 et 723 .

R. Nerson et J. Rubblin - Devichi

(١٢١) المرجع السابق ص - ٧٢٤ و ص - ٧٢٥

٥٧ - دعوى النفقة هي دعوى تقوم - وفقا لأحكام القانون الفرنسى - على أساس توافر ما يشير إلى أن الطفل يمكن أن ينسب للشخص المدعى عليه، ولو بدليل محتمل. فهي إذن دعاوى لا تستند إلى وجود دليل مؤكد بأن المدعى عليه هو الأب الحقيقى. وهى تنور غالبا فى الحالات التى يثبت فيها أن أم الطفل على علاقة بعدد من الرجال أثناء فترة الحمل. وعندئذ وبشروط معينة تسمح أحكام القانون الفرنسى بتوزيع عبء النفقة المطلوبة على من يثبت تحليل الدم أنه من المحتمل أن يكون الأب. هذا فى ظل المعطيات العلمية التى لم تكن تسمح بتقديم دليل مؤكد فى إثبات النسب. أما اليوم وفى ظل النتائج الحديثة لفحص الدم، فإن القضاة يلجأون لهذا الدليل العلمى لمعرفة من من بين هؤلاء الذين كانوا على صلة بأب الطفل، يمكن أن ينسب إليه الطفل بطريقة مؤكدة. وهذا ما يتضح من موقف محكمة باريس الجزئية حيث قضت. فى ٢٩ نوفمبر ١٩٨٢<sup>(١٢٢)</sup> بتكليف خبير تكون مهمته إجراء فحص الدم للأشخاص الذين كانوا على صلة بأب الطفل موضوع النزاع، لمعرفة أيهما هو الذى تفيد النتائج بأنه الأب الحقيقى أو البيولوجي. وكانت المفاجأة أمام محكمة باريس فى حكمها الصادر فى ٦ ديسمبر ١٩٨٣<sup>(١٢٣)</sup> حيث جاء بتقرير الخبير أن نتائج تحليل الدم تفيد أن أيا من الرجلين اللذين اقتسما العلاقة مع أم الطفل فى إحدى الليالى، لا يمكن أن يكون هو الأب. ويقول أحد المعلقين على هذا الحكم فى شئ من الشفقة الممزوجة بالسخرية إنه يجب على الأم أن تبحث عن رجل ثالث لتحصل منه على التعويض. ويشعر المعلق بارتياح حيث يساعد الدليل العلمى الحديث على القضاء على حالات الابتزاز والتشهير الدنيئة<sup>(١٢٤)</sup>.

- Paris 29 Nov. 1982. D. 1983. I. R. 329 note D. Huetrvellier.

(١٢٢)

- Paris 6 dec. 1983. Rev. Trim. dr. Sant et Soc. 1983 - P. 641.

(١٢٣)

- R. Nerson, les preuves scientifiques, R. T. D. civ. 1983. P. 729.

(١٢٤) نقلا عن

## رابعاً: دعوى إثبات البنوة الشرعية

٥٨ - في هذا المجال نجد الحكم الصادر من محكمة باريس الجزئية في ٢٤ يناير ١٩٨٣<sup>(١٢٥)</sup> وتتحصل الوقائع في طلب الزوج لإجراء فحص الدم من أجل التحقق من ادعائه بأنه ليس أبا الطفل الذي ولدته زوجته بعد أكثر من ٣٠٠ يوم من تاريخ عدم إمكان المصالحة بينهما وقرار المحكمة بانفصالها. وقد استجابت المحكمة لهذا الطلب رغم أنه قد ثبت لديها من وقائع النزاع أن الزوج كان يقضى، في غالب الأحيان، الليل أو عطلة نهاية الأسبوع عند زوجته - وأيضاً على الرغم من ثبوت أنه كان قد اصطحبها في زيارة أحد الأطباء لإجراء عملية اجهاض.

وهكذا يبقى واضحاً أنه رغم قيام الدليل الظاهري على أن الزوج هو الأب الحقيقي، إلا أن المحكمة استجابت لطلب إجراء فحص الدم لتقديم الدليل على أنه لا يمكن أن يكون الأب الحقيقي للولد المزعوم أنه منه.

ونختتم موقف القضاء الفرنسي بحكمين صادرين من محكمة استئناف باريس<sup>(١٢٦)</sup> في نفس التاريخ. الأول يتعلق بنزاع تدور وقائعه حول إثبات نسب طفل طبيعي، والآخر يتعلق بدعوى تطلب فيه أم الطفل الحكم بنفقة على المدعى عليه حيث إنه كان على علاقة بها في فترة الحمل. وقد أمرت المحكمة في الحالتين بإجراء فحص الدم. وما يلفت النظر هو أن مهمة الخبير في الحالة الأولى هي نفسها في الحالة الثانية وهي أن يقوم بإجراء فحوصات واختبارات علم الوراثة بالنسبة للأطراف المعنية؛ ليوضح للمحكمة ما إذا كان الأب المدعى عليه يمكن أن يكون الأب أم لا. وفي حالة الإيجاب فعلى الخبير أن يوضح نسبة احتمال الأبوة.

T.G.I. 24 Janvier, 1983 - d - 1983. IR. 327 obs. D. Huet - weiller; Rev. dr. San. et soc. (١٢٥) 1983. 640 obs. Raynaud.

Paris 4 Juillet D. 1978. I. R. 401.

(١٢٦)

وإذ يظهر من الأحكام المتقدمة، مدى اقتناع القضاة بالنتائج الحديثة لفحص الدم واختبارات الوراثة كدليل مؤكد على نفى النسب أو إثباته، فإن هذا أمر يسجل لهم بكل فخر. إذ ما كان يجب لبيئة، تنظر بعين الارتياح لمحاولات التقريب بين الطب والقانون، أن تهدر دليلا علميا مؤكدا في مجال مهم كهذا وخاصة، أن الأدلة الأخرى لا تقدم مثل ما يقدمه هذا الدليل العلمى من مساعدة في إظهار الحقيقة.

والباحث لا يخفى تشوقه إلى رؤية قضاء مصرى وكويتى، يعتمد فى تكوين عقيدته وترسيخ اقتناعه، على أدلة علمية لا يصح شرعا ولا قانونا أن تهدر. فهى نتاج أبحاث علمية لفكر إنسانى متصل، لا يتجافى مع أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(١٢٧)</sup>. لأن من المقرر شرعا وجوب معرفة الوقائع على وجهها الصحيح بالرجوع إلى قول أهل البصر والمعرفة. ولا شك أن الطب الشرعى الحديث وأخصائى علم الوراثة هم أهل البصر والمعرفة فى مجال فحص الدم واختبارات الوراثة، فيتحتّم الرجوع إليهم فى هذا الأمر.

ولكن هذا التشوق لا يجب أن يحجب عنا رؤية بعض الصعوبات التى تكتنف اللجوء إلى إجراء فحص الدم كوسيلة نفى أو إثبات فى مجال النسب.

### المبحث الثانى مواجهة الصعوبات التى تواجه استخدام فحص الدم فى مجال النسب

٥٩ - إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة، لن يحدث، فى غالب الأحيان، إن لم يكن كلها، بطريقة تلقائية. ولذا فإنه من المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التى يحاول بها الإفلات من الخضوع لفحص الدم وإختبارات الوراثة، ولا سيما عندما يكون سيء النية.

(١٢٧) انظر ما سيلى بند (٧٠).

فقد يتمسك الخصم بأن الأخذ بفحص الدم كدليل في إثبات البتوة أمر يتعارض مع الأخذ باللعان كإجراء شرعي لنفي النسب. أو يزعم أنه أسلوب يتجافى مع أحكام الشريعة الإسلامية.

كذلك قد يتمسك الخصم، بأن الخضوع لهذا الفحص، أمر يتعارض مع قاعدة عدم جواز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه. بل قد يحتج بمبدأ معصومية الجسد تهرباً من الكشف عن الحقيقة.

الواقع أنه بقدر إمكانية التغلب على هذه الصعوبات، بقدر ما نمهد الطريق أمام القضاء، لأن يحقق للإسلام تشوقه في حفظ الأنساب فلا تختلط، ولا يضيع الولد، والشرف. كما يجنب ساحة القضاء منازعات الابتزاز والتشهير الدنيئة. فلنتناول إذن بحث كل صعوبة، من هذه الصعوبات، في مطلب مستقل.

### المطلب الأول

#### مدى اتفاق الاعتداد بفحص الدم مع التمسك باللعان

٦٠ - أمام الفحص الحديث للدم الذي يقدم لنا دليلاً على التحقق من ثبوت النسب، قد يلجأ الزوج الذي يريد التهرب من ثبوت نسب الطفل منه، إلى طلب إجراء اللعان إذا ما توافرت شروطه. وبإجرائه يتفنى النسب عنه ويلحق الطفل بالأم. وهكذا يبدو للوهلة الأولى وجود تعارض بين لجوء الزوجة لاستخدام فحص الدم كوسيلة لإثبات مولودها من الزوج، وبين طلب الزوج إجراء اللعان وما يترتب على إجرائه من التفريق بين الزوجين وإلحاق الولد بالأم.

والواقع أن هذا التعارض تعارض ظاهري أكثر منه تعارضاً حقيقياً لأنه إذا أمكننا أن نكشف عن أن نفي النسب ليس من لزوم اللعان، وأن ثبوت نسب الولد للزوج لا يتعارض مع بقاء اللعان سبباً للفرقة بين الزوجين، أمكن في نفس الوقت رفع التعارض بين استخدام فحص الدم المثبت للنسب، وبين اللعان كإجراء للتفريق

بينهما. وأكثر من هذا فإننا سنكشف عن أن انتفاء النسب كأثر مترتب على اللعان أمر يقوم على الظن والتخمين لا على اليقين. وهذا ما يجعل للفحص الحديث للدم دور في تدعيم وتقوية قاعدة الولد للفراش.

وهذا ما نشغل به في الفرعين الآتيين: -

**الفرع الأول:** انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان.

**الفرع الثاني:** انتفاء النسب بطريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين.

### الفرع الأول

#### انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان

٦١ - قد ثبت نسب الولد من الزوج، ويبقى إجراء اللعان قائما كسبب موجب للفرقة بين الزوجين. فقطع النسب ليس من ضرورة اللعان. هذا القول تتضح صحته من خلال دراستنا لقاعدتين من القواعد التي تحكم إجراء اللعان كوسيلة شرعية لنفي النسب.

#### القاعدة الأولى: لا يصح نفي النسب بالملاعنة بعد الإقرار به

٦٢ - يتفق فقهاء المسلمين على أن للزوج الحق في طلب إجراء اللعان لنفي نسب الطفل الذي وضعته زوجته، إلا أن هذا الإجراء يخضع لعدد من القيود والتي من بينها، ألا يكون قد سبق للزوج أن أقر بالنسب<sup>(١٢٨)</sup> والإقرار المعتبر في ذلك قد يكون صريحا، كأن يقول هذا الولد ولدي، أو أن يقوم بتبليغ الجهات المختصة بواقعة مولده ذاكرا أنه والده<sup>(١٢٩)</sup>. وقد يكون الإقرار دلالة كأن يهنيء الزوج بالولد

(١٢٨) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. عبدالرحمن الجزيري. ج٥. دار الكتاب المصري ص١٠١. الجوهرة ج٢ ص١٥١، ابن عابدين ج٢ ص٨١١، الفتاوى الهندية ج٢ ص١٥٠.  
(١٢٩) انظر نقض مصري في ١٩٧٩/٣/٧ طعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ ق. أحوال شخصية مجموعة النقض المدني (٣٠ - ١٣٨ - ٧٥٣) حيث قضت بثبوت النسب بالإقرار بالبنوة في دعوى القيد بدفاتر المواليد.

عن الولادة ويقبل التهنة دون أن ينكره بغير عذر. أو أن يشتري الحاجات اللازمة للولد. أو أن يكون حاضرا عن الولادة ولم ينكره<sup>(١٣٠)</sup>. ومثل حالة الإقرار دلالة أيضا أن تلد الزوجة توأمين ويقر الزوج بنسب أحدهما وينفى الثاني. فهنا يعد إقراره بنسب أحدهما إقرارا بنسب الآخر. فهما توأمين خلقا من ماء واحد ومتى ثبت نسب أحدهما باعترافه يثبت نسب الآخر ضرورة.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية أنه متى أقر الزوج بالنسب فإنه لا يملك نفيه بعد ذلك لأنه عندما أقر به فقد ثبت، والنسب حق الولد لا يملك الزوج الرجوع عنه بالنفى<sup>(١٣١)</sup>.

وأخذا بما اتفق عليها الفقهاء، استمدت المادة ١٧٦ أحوال شخصية كويتي حكمها الذي يقضى بعدم جواز إجراء اللعان لنفى الولد إذا اعترف الزوج بنسب الولد صراحة أو ضمنا.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الكويتية في ١٩٨٨/٣/٢١<sup>(١٣٢)</sup> في منازعة تتعلق بطلب اللعان لنفى نسب الولد، بأنه يشترط ألا يكون قد تقدم منه (أى الزوج) إقرار بالولد ولو دلالة.

(١٣٠) انظر نقض مدني ١٩٧٨/٢/٢٢ طعن رقم ١٧ لسنة ٤٦ ق - أحوال شخصية مجموعة النقض المدني (٢٩ - ١١١ - ٥٦٨) حيث قضت بأن الإقرار كما يكون باللفظ الصريح ويجوز، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر فيها السكوت مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لسكوت قول، ومنها سكوت الوالد بعد تهنة الناس له بالولد بعد ولادته فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقرارا منه بأنه ابنه، فليس له أن ينفيه بعد ذلك.

(١٣١) نقض مدني رقم ٦٤ لسنة ٥٨ ق في ١٩٩٠/٧/٣١.

نقض مدني ٢٠ لسنة ٥١ ق (٣٣ - ٥٣٢) .

(١٣٢) استئناف عليا - دائرة التمييز جلسة ١٩٨٨/٣/٢١ طعن رقم ٨٧/٢٨ أحوال (١٦ - ٩٣ - ٣٢٩) العدد الأول مارس ١٩٩٥ .

وإذا فرض أن عاد الزوج بعد الإقرار وتنصل من نسب الولد، كان للزوجة الحق فى طلب إجراء اللعان وذلك لأن رجوعه فى الإقرار بالنسب يعد اتهاماً بالزنا. ومن ثم لها أن تدفع هذا الاتهام بطلب إجراء الملاعة بينها وبين زوجها. إلا أن إجراء الملاعة لا يؤدي إلى قطع النسب عن الزوج<sup>(١٣٣)</sup> فالولد يبقى منسوباً إليه ويجرى اللعان دفعا للعار عن الزوجة. وقد قضت المادة ٣٣٧ من الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية على أنه إذا أقر الزوج بنسب الولد صراحة أو دلالة فإن نسبه لا يتنفى وإن تلاعن الزوجان وفرق القاضى بينهما<sup>(١٣٤)</sup>.

٦٣ - وعلى ما سبق يتضح لنا أمر ينبغى التنبيه له جدا وهو أن القاضى يمكن أن يجيب الزوجة لطلبها إجراء اللعان، ولكن يعطل أثره فى نفى النسب.

وترتبا على هذا المنطق، يمكن القول بأن القاضى يمكن أن يجرى الملاعة دون أن يعوقه ذلك فى الاستجابة لإجراء فحص الدم. فإجراء الملاعة يتم للتفريق بين الزوجين، وإجراء فحص الدم يتم لمعرفة ما إذا كان الزوج الملعن هو الأب الحقيقى أم لا. فإن جاءت نتيجة فحص الدم تؤكد انتفاء النسب فلا مشكلة حيث يصبح اللعان سببا موجبا للفرقة ويتنfy النسب عن الزوج وهكذا يتحد أثر اللعان فى نفى النسب مع نتيجة فحص الدم التى أفادت أيضا انتفاء النسب. وإن جاءت نتيجة فحص الدم تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملعن حكم القاضى بلزومه النسب، دون أن يتعارض هذا مع بقاء اللعان قائما كسبب للفرقة بين الزوجين. ألا رأينا أن القاضى يمكن أن يجرى اللعان بعد رجوع الزوج فى إقراره بالنسب دون أن يؤثر بقاء اللعان كسبب للتفريق بين الزوجين على ثبوت النسب منه.

(١٣٣) انظر م ٣٣٤ من كتاب الأحوال الشخصية لعدوى باشا .  
(١٣٤) د. عبد الرحمن الصابونى . أحكام الطلاق فى الفقه الإسلامى وما عليه العمل فى دولة الإمارات العربية المتحدة. ص ٢١٩ .

وهكذا يرتفع التعارض بين استخدام فحص الدم إذا ما أفاد في ثبوت النسب من الزوج المدعى عليه، وبين أحكام اللعان كإجراء يمكن أن يؤدي لنفي النسب.

### القاعدة الثانية: تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كأثر للملاعنة

٦٤ - اتفق الفقهاء على أنه إذا كذب الزوج نفسه بعد الملاعة، فإنه يترتب على هذا التكذيب ثبوت النسب منه<sup>(١٣٥)</sup>. وهذا يعني أن تكذيب الزوج لنفسه يؤدي إلى زوال أثر اللعان في قطع النسب، ويعود للولد نسبه من الملاعنة.

وقد أخذ بذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي حيث نصت م ١٧٩ على أنه إذا اعترف الرجل بما يفيد كذبه في الاتهام، ونفى النسب، لزمه نسب الولد، ولو بعد الحكم بنفيه<sup>(١٣٦)</sup>.

٦٥ - وعن أثر تكذيب الزوج لنفسه على العلاقة الزوجية فيذهب الجمهور وأبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى أن اللعان يترتب الفرقة المؤبدة. فإذا حدث أن كذب الزوج نفسه، فإن هذا لا يفيد في عودة الحياة الزوجية، لأن الفرقة تعتبر فسخاً، وهي توجب الحرمة المؤبدة ولا يمكن للمتلاعنين أن يجتمعا بعد ذلك. وطالما أن اللعان هو السبب في التفريق بين الزوجين فيترتب عليه التفريق بغض النظر عن تكذيب الزوج لنفسه.

(١٣٥) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥١٥.

كشاف القناع ج ٥ ص ٤٦٦.

المغنى ويلي الشرح الكبير ج ٧ ص ٤١٩، ٤٢٠.

بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٣.

مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٨٠.

فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٩.

(١٣٦) انظر أيضاً مادة ١١٠ من قانون الأسرة اليمني حيث تنص على أنه «إذا رجع الملاعنة عن نفي الولد في حياته صح الرجوع ولحق الولد به ويحد للقدف ويبقى التحريم مؤبداً».

أما الحنفية فيذهبون إلى أن الفرقة التي تترتب على اللعان تعد طلاقا بائنا، ويمكن أن تعود المرأة إلى الزوج في حالة تكذيب الزوج لنفسه. وقد أخذ القانون الكويتي في هذا الشأن عن مذهب الحنفية حيث أجاز للزوج بمقتضى المادة ١٧٩ من قانون الأحوال الشخصية، أن يتزوج المرأة بعد اعترافه بما يفيد كذبه في الاتهام.

٦٦ - وهكذا يتضح تماما أن ثبوت النسب من الزوج في حالة تكذيبه لنفسه بعد الملاعنة لا يتعارض مع استمرار اللعان سببا للفرقة بين الزوجين، سواء اعتبرت الفرقة فسخا موجبة لحرمة مؤبدة لا تزول، وسواء اعتبرت طلاقا بحيث يمكن أن تعود الزوجة لزوجها<sup>(١٣٧)</sup>.

وهذا يعنى بوضوح جلي أن إجراء اللعان يبقى قائما صحيحا، ولكن أثره في نفي النسب يتعطل. وبالأدق نقول بالتكذيب يبطل أثر اللعان في نفي النسب، إذ يثبت النسب بعد أن كان منتفيا ومقطوعا. ولذا قال أبو يوسف إن النسب يثبت في الحال بعد التكذيب مع أن حكم الحرمة يظل باقيا.

إن هذا المنطق يقودنا إلى القول بأن القاضى يمكنه أن يجرى الملاعنة بين الزوجين، ولكن يعطل أثر اللعان في نفي النسب، ويأمر بخضوع الأطراف لفحص الدم. فإن دل فحص الدم على أن الزوج هو الأب الحقيقى أي الأب البيولوجي، فهذا يعد تكديبا للزوج، يجب أن يؤدي إلى لزوم النسب منه.

ولا يوجد ما يمنع من سريان نفس الحكم حتى ولو كان القاضى قد سبق وقضى بترتيب اللعان لأثره في نفي النسب. فكما أن لتكذيب الزوج لنفسه أثرا في ثبوت النسب بعد أن كان منتفيا، فإن إثبات كذب الزوج عن طريق فحص الدم

(١٣٧) عن أبي يوسف أنه إذا قذفها بنفي الولد وأكذب نفسه فإنه يثبت الولد منه ويعلل ذلك بأن الحديث جاء بالتفريق بينهما ولم يتعرض للنسب بالنفي فيجب المحافظة عليه. محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق ص ٦٠٥ هامش (٢) محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية المرجع السابق ص ٣٤٦ هامش (٢).

الشاهد على أنه الأب الحقيقي يجب أن يؤدي إلى ثبوت النسب منه بعد أن كان منتفياً، ويبقى اللعان قائماً كسبب للفرقة بين الزوجين.

وهكذا يرتفع التعارض بين استخدام فحص الدم في حالة الدلالة على ثبوت النسب وبين إجراء اللعان وأثره النافى للنسب.

### الفرع الثانى

#### انتفاء النسب بطريق اللعان يقوم على الشك لا على اليقين

٦٧ - من أهم الآثار التى يرتبها اللعان بنفى الولد هو قطع نسب الولد عن الزوج وإلحاقه بأمه. وهو أثر أجمع عليه فقهاء المسلمين. ولقد نصت على ذلك المادة ١٧٨ أحوال شخصية كويتى بقولها «إذا جرى اللعان بين الرجل والمرأة، نفى القاضى نسب الولد عن الرجل. ولا تجب نفقته عليه، ولا يرث أحدهما الآخر وألحق الولد بأمه».

هذا كله يحدث رغم أن الفراش متحقق بشروطه. وهنا يجب التنبيه إلى أن قرينة الولد للفراش يقوضها الشك الذى يختلج فى نفس زوج متسرع فيطلب اللعان. وإذا جرى اللعان، إذا ما توافرت شروطه، فإن النسب ينتفى بطريقة لم نتحقق بها يقيناً من صدق الزوج، بأنه ليس الأب الحقيقي.

٦٨ - وقد تنبه فقهاء المسلمين لخطورة الأمر فحددوا مركز الولد فى مواجهة الزوج الملعن بطريقة تلائم احتمال كذب هذا الأخير، أو خطئه وتسرع فى ادعاءاته.

فذهبوا إلى اعتبار ولد الملعنة أجنبياً عن الزوج بالنسبة لأحكام الميراث والنفقة<sup>(١٣٨)</sup>. وعلة ذلك هو أن هذه الأحكام لا تثبت إلا بسبب متيقن<sup>(١٣٩)</sup>.

(١٣٨) مجمع الأنهار فى شرح ملتقى الأبحر. ج ١ مسألة ٤٥٩ .

(١٣٩) د. محمد مصطفى شلبي. المرجع السابق ص ٦٠٥.

أما بالنسبة لسائر الأحكام الأخرى فقد اعتبر الفقهاء ولد الملاعة في علاقته بالملاعن كالابن. فمثلاً بخصوص الشهادة، لا تقبل شهادة الملاعن وأصوله لمن نفى نسبه باللعان، ولا شهادة لهذا الأخير وفروعه لمن نفاه ولا لأصوله. وبالنسبة للقصاص، لو قتل الملاعن الولد الذي نفاه باللعان فلا يقتل فيه، كما لو قتل الأب ولده. وبالنسبة للمحرمة، لا يجوز للملاعن أن يتزوجها إذا كانت بنتاً، ولا يجوز أن يزوجه لابنه من زوجة أخرى. وبالنسبة للالتحاق بالغير، لا يصح لأحد غير الملاعن أن يدعى نسبه، وإذا حدث فلا يثبت نسبه منه<sup>(١٤٠)</sup>.

والواقع أن علة اعتبار الولد المنفى نسبه بطريق اللعان كابن بالنسبة للزوج الملاعن في خصوص سائر الأحكام الشرعية عدا النفقة والميراث، هو أن هذا الولد قد وضعت أمه وهي مقترنة بالزوج بمقتضى عقد زواج صحيح، وخلال الفترة المحددة شرعاً للحمل. ومن ثم فالحكم بنفى النسب باللعان لا يدل بصفة يقينية على أن الولد ليس ابناً للزوج. فقد يكون ابنه حقيقة، ولكنه كذب بأيمانه أمام القاضي حتى ينفى نسبه منه. ولهذا يجب الاحتياط في الأحكام فيعامل الولد هنا معاملة الابن<sup>(١٤١)</sup>.

٦٩ - وإذ يتضح لنا أن نفى النسب كأثر للعان يقوم على الظن لا على اليقين، فإنه يكون من العدل أن نعطي للزوجة الحق في طلب إجراء فحص الدم للتوصل إلى ما يفيد في كشف حقيقة النسب بطريقة لا تقبل الشك.

(١٤٠) البحر الرائق. شرح كنز الدقائق. ج٤ ص ١٢٩. طبعة دار الكتاب الإسلامي - بيروت. إذ قال بعض المحققين (البهنسي) ألا أن يكون المدعى ممن يولد مثله وادعاه بعد موت الملاعن، لأنه بعد الموت لا أمل في اعتراف الملاعن بنسبه. انظر مجمع الأنهار - المرجع السابق - مسألة ٤٥٨.

(١٤١) زكي الدين شعبان. الأحكام الشرعية. المرجع السابق ص ٥١٦. عبدالرحمن تاج، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص ٤٠٢.

وإذا لم تكن الاستجابة لطلب الزوجة فى الماضى أمرا مقبولا حيث لم تكن المعطيات العلميه تسمح إلا بتقديم الدليل المؤكد على انتفاء النسب. فإنه يصبح أمر ملحا فى ظل المعطيات الحديثه التى تسمح بتقديم الدليل المؤكد على ثبوت النسب.

وهو إذ يصبح أمرا ملحا حيث يكشف الحقيقه، فإنه يعد أيضا أمرا مرغوباً فيه شرعا وقانونا.

فمن جهة أولى، إذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فى النسب، حتى إنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات.<sup>(١٤٢)</sup> وإذا كان الأمر كذلك، فما بالنا ولدينا دليل ظاهر ينفى النسب ودليل مؤكد يثبت النسب؟

(١٤٢) المنصوص عليه شرعا أنه إذا تزوج رجل امرأة ثم ولدت فاختلفا، فقال تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت هى منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح، لا من سفاح، ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج وهى فى عدته. وهو مقدم على الظاهر الذى يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات لأنه إذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى إنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات، مع أن ظاهرها مؤيد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه أ.هـ (فتح القدير ج ٣ ص ٣٠٩) ومثل ذلك فى مجمع الأنهر ط ص ٤٦٨ وجاء فى تنوير الأبصار والدر المختار ما يأتى لو ولدت فاختلفا فى المدة فقالت المرأة نكحني من نصف حول وادعى الأقل فالقول لها بلا يمين وقالوا تحلف وبه يفتى وهو أى الولد ابنه بشهادة الظاهر. لها بالولادة من نكاح حملا لهما على الصلاح. وظاهر أن معنى أن القول لها بلا يمين أو يمين إنما هو عند عدم قيام البينة. أما إذا قامت البينة فإنه يعمل بها، وجاء فى حاشية أبين عابدين عند الكلام على ذلك ما يأتى: تنبه لا تسمع بينته ولا بينة ورثته على تاريخ نكاحها بما يطابق قوله لأنها شهادة على النفى معنى فلا تقبل. والنسب يحتال لإثباته مهما أمكن والإمكان هنا يسبق التزوج بها سرا بمهر يسير وجهرا بأكثر سمعة ويقع ذلك كثيرا (انظر ابن عابدين ج ٢ ص ٨٦٣ صيغة دار السعادة) محكمة تلا الشريعة ١٢٤٤ / ٥٢ لسنة ٢٦ ص ٩٤ ذكره أحمد نصر الجندى - مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية ١٩٩٢ - دار الكتب القانونية. ص ١٢٧٥.

ومن جهة ثانية، فإنه من الواضح أن استخدام فحص الدم سيمنع من اختلاط الأنساب، وضياح الأولاد، وصون الأعراض. إننا نرى فيه، في حالة إفادة أن الولد ينسب إلى الزوج، تدعيما وتقوية لقاعدة الولد للفراش التي كاد أن يقوضها مجرد اتهام الزوج لزوجته وطلب توجيه اللعان. وإذا كان تقويضها في الماضي كأثر لللعان أمرا لا مفر منه حيث لا توجد وسيلة أخرى ترد هذا الاتهام، فإنه لا يكون مقبولا شرعا أوقانونا، أن نستمر على هذا الحال والعلوم الحديثة تقدم لنا دليلا مؤكدا يرد هذا الاتهام. ولا سيما أنه دليل يتعارض - كما رأينا - مع إجراء اللعان للتفريق بين الزوجين، كما لا يتعارض - على ما سوف نرى - مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

### المطلب الثاني

#### مدى اتفاق الأخذ بتحليل الدم مع الشريعة الإسلامية

٧٠ - دراسة مدى تمشي فكرة الأخذ بتحليل الدم كدليل، في مجال النسب، مع مبادئ الشريعة الإسلامية، يستوجب أن نعرض لما يعرف، في الفقه الإسلامي، بأسلوب القیافة. والقیافة هي تتبع الآثار ومعرفتها، وكذا النظر بفراسة في وجوه الشبه بين شخصين، لمعرفة أييهما نسبة في البنوة أم لا<sup>(١٤٣)</sup>.

وقد وجد، في الفقه الإسلامي، اتجاهان بشأن الأخذ بها في مجال النسب. فيستند القائلون بالأخذ بها، وهم الجمهور،<sup>(١٤٤)</sup> إلى ما روي عن أن الرسول عليه السلام روي

(١٤٣) مغني المحتاج. الخطيب الشربيني ج٤ ص ٤٨٨ - شرح الجلال على المنهاج ج٤ ص ٣٤٩ - الشيخ أحمد إبراهيم - طرق الإثبات الشرعية - المرجع السابق ص ٤٦٣.  
(١٤٤) المحلى ج١٠ ص ١٤٨ وما بعدها. مسألة رقم ١٩٤٥ طبعة دار التراث - تحقيق أحمد شاکر - وانظر التبصرة ج٢ ص ٩٣ وما بعدها حيث يرى المالكية الأخذ بقول القائف في النسب. وانظر حواشي التحفة ج١٠ ص ٣٤٨ وما بعدها حيث يرى الشافعية العمل بالقافة في ثبوت النسب وانظر أيضا موقف المذاهب من اعتبار القافة دليلا يعتمد عليه في إثبات النسب، موسوعة جمال عبدالناصر في الفقه الإسلامي ج٢ ص ١٨٢ وما بعدها.

مسرورا بسبب أن القائف رأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض. وهكذا وضعت القافة حدا لكلام الطاعنين في نسب أسامة لشدة بياضه وحمرة، وشدة سواد أبيه زيد. وكان سرور الرسول بذلك شديدا. ومن هنا كان استدلال جمهور الفقهاء على أن القيافة علم صحيح يجب القضاء به في الأنساب، لأنها لو كانت باطلة لما أقرها الرسول ولم يرض بها<sup>(١٤٥)</sup>.

أما الحنفية فيعارضون الأخذ بأقوال القائف في مجال النسب<sup>(١٤٦)</sup>. والسبب في ذلك هو أنها أسلوب يقوم على مجرد الشبه المبني على الظن والتخمين. والشبه قد يقع بين الأجانب ويتنفي عن الأقارب. وعن تحليلهم لسرور رسول الله عليه السلام بشأن ما قاله القائف في أسامة وزيد، فيقولون إنه لا يدل على ثبوت النسب بالاعتماد على قول القائف؛ لأن نسب أسامة من زيد كان ثابتا بالفراش من قبل، وإنما كان سروره عليه السلام؛ لأن كلام القائف قطع السنة الطاعنين في نسب أسامة من زيد وكفهم عن الكلام فيه.

والواقع أنه بفحص موقف فقهاء الحنفية، فإننا نلاحظ أن الاعتبار الذي دفعهم لرفض الأخذ بالقيافة في مجال النسب هو أنها تقوم على شيء من الحدس والتخمين لا بالاستدلال واليقين.

غير أن هذا الاعتبار قد فقد الدافع إليه في أيامنا الحالية. فأسلوب القيافة قد تطور وأصبح موضوعا لدراسات دقيقة، واسعة النطاق<sup>(١٤٧)</sup>. وها نحن قد رأينا ما أفادت به العلوم الطبية في مجال تحليل الدم من حيث اعتبار نتائجه مؤكدة سواء فيما يتعلق بنفي النسب أو إثباته<sup>(١٤٨)</sup>.

(١٤٥) المحلى - المرجع السابق. نفس الصفحة.

(١٤٦) المحلى المرجع السابق نفس الصفحة.

(١٤٧) الشيخ أحمد إبراهيم - طرق الإثبات الشرعية - المرجع السابق ص ٤٦٤، وانظر أيضا الطب الشرعي بين الادعاء والدفاع، ج ١، ج ٢ المرجع السابق.

(١٤٨) انظر فيما سبق بندي ٥٢، ٥٣.

وعلى ذلك، فإنه يكون واضحاً أن فقهاء الحنفية لم يروا الاعتماد على القیافة في إثبات النسب متأثرين بدرجة التقدم العلمي في زمانهم، حيث لم تكن العلوم وصلت بعد إلى أن لكل شخص مميزات وراثية لا يشترك فيها مع غيره. أما بعد اكتشاف ذلك والتوصل من خلال تحليل الدم إلى نتائج تفيد في نفي النسب، أو إثباته بطريقة تقارب اليقين، فإن هذا الأسلوب العلمي، على ضوء هذا التطور، يعد وسيلة إثبات يصح الاعتماد عليها. وما كان ليرفضها فقهاء الحنفية لو كانت تحت أيديهم الحقائق العلمية التي في زماننا. فهي أوثق في عصرنا للتعرف على حقيقة النسب نفيًا أو إثباتًا، من أسلوب القیافة الذي رأى جمهور الفقهاء الاعتماد عليه كما رأينا بينما رفضه فقهاء الحنفية.

وأخيراً، فإنه من المقرر شرعاً وجوب الرجوع في معرفة الوقائع على وجهها الصحيح إلى قول أهل البصر والمعرفة، فيتحتّم الرجوع إليهم في معرفته<sup>(١٤٩)</sup>.

مجمّل القول إن الأخذ بفحص الدم لا يعد خروجاً على الشريعة الإسلامية.

### المطلب الثالث

#### فحص الدم ومدى جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه

٧٢ - تقوم قاعدة عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه على أساس تصور معين للخصومة. وهو أنها معركة يدافع فيها كل خصم عن مصالحه، دون أن ينتظر أحدهما معاونة الآخر بتقديم ما يكون تحت يده من أدلة تفيد في ادعاءاته ومن هنا جاء وصف موقف أحد الأطراف بالسلبية. فالطرف الواقع عليه عبء الإثبات يخسر الدعوى إذا ما عجز عن تقديم الدليل الذي يؤيد ادعاءه، في حين يكسبها الطرف الآخر ذو الموقف السلبي، حتى ولو كانت الشكوك تحيط بسلامة موقفه.

(١٤٩) د. محمد زكريا البرديس - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ج١ ١٩٧٥ - دار النهضة العربية ص٣٦.

و يتمشى هذا التصور مع اعتناق مبدأ حياد القاضى . ذلك المبدأ الذى يجعل موقف القاضى سلبيا هو الآخر . فلا إلزام عليه بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم ، أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع . فهو يتلقى أدلة الإثبات والنفى كما يقدمها أصحاب الخصومة ، وفقا للإجراءات التى يعينها القانون ، دون تدخل من جانبه . وإذ يحكم بناء عليها ، فإنه يلتزم بقوة كل دليل كما حددها القانون .

وهكذا ينتهى الأمر إلى تحميل أحد الخصوم عبء إثبات تقديم الدليل على ما يدعيه ، دون أن يطمع فى معونة القاضى له فى البحث عن دليل يؤيده ، ولا أن يأمل فى جبر خصمه ، الطرف الآخر فى معركة الإثبات ، على أن يبرز ما يكون فى حيازته من أدلة .

وإذا كانت المادة ٢٥ من قانون الإثبات المصرى وما يقابلها المادة ٢٢ إثبات كويتى تجيز لأحد طرفي الخصومة أن يطلب من المحكمة إلزام الخصم الآخر بتقديم أية أوراق منتجة فى الدعوى تكون تحت يده . فإن الأمر يتعلق بحالات استثنائية . ولذا فإن الفقه يرى أن الأصل فى القانون المصرى هو عدم جواز إجبار الخصم على تقديم ما تحت يده من أدلة .

٧٣ - والواقع أن اتجاها حديثا يرفض هذا التصور السابق ويرى أن على الخصوم التزاما بالمشاركة وبالمعاونة فى الإثبات<sup>(١٥٠)</sup> .

ونقطة البداية فى هذا الاتجاه الحديث هى التمييز بين عبء الإثبات ، وبين عبء إقامة الدليل<sup>(١٥١)</sup> . فبخصوص عبء الإثبات ، فالمقصود به العبء السلبي للإثبات ، بمعنى عبء خطر أو تبعة الإثبات . وهذا يتحمله طرف واحد فقط وهو المدعى بخلاف الظاهر أصلا أو عرضاً ، أو فرضاً ، والذى لم يستطع أن يثبت صحة ادعاءاته . أما بخصوص عبء إقامة

(١٥٠) محكمة استئناف باريس ٢٧ مايو ١٩٧٠ جازيت - دى - باليه ١٩٧٠ . ٢ . ٢٥٦ نقض

فرنسى . ١٥ ديسمبر ١٩٧١ . جازيت دى باليه ١٩٧٢ . ١ . ٢٨٥ .

(١٥١) جان جاك ديغر . الإجبار على تقديم المستندات فى الدعوى المدنية . المرجع السابق ص ١٢٥ .

الدليل، فالمقصود به العبء الإيجابي للإثبات بمعنى عبء تقديم الأدلة التي تساعد في الكشف عن الحقيقة وهذا العبء يتحمله الطرفان معا.

وبهذا يتضح أن إسناد مخاطرة الإثبات إلى الخصم الذي فشل في إثبات ما يدعيه، لا يحول دون قيام خصمه الذي لا يقع عليه هذا العبء بالمعاونة في الإثبات.

فبالرجوع إلى النصوص المنظمة لاستجواب الخصوم<sup>(١٥٢)</sup> يتضح أن للقاضي أن يطلب حضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه. وذلك دون تمييز بين خصم وآخر. والاستجواب قد يهدف إلى الحصول ممن وجهت له الأسئلة على إقرار بواقعة مدعى عليه بها. وقد يهدف إلى الحصول على إيضاحات متعلقة بالواقعة محل النزاع يستفيد منها الخصم الذي يطلب الاستجواب في دفاعه، أو يستفيد منها القاضي في الوصول إلى الحقيقة في شأن وقائع الدعوى المعروضة عليه.

وقد رتب المشرع على تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول، أو امتناعه عن الإجابة بغير مبرر قانوني جزاء غير مباشر. حيث يمكن للمحكمة أن تستخلص من الامتناع ما تراه مناسباً، كما يجوز لها أن تقبل الإثبات بالشهادة والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك<sup>(١٥٣)</sup>.

وهكذا يتضح أن النصوص تلزم الخصوم بطريق غير مباشر بالمعاونة في الكشف عن الحقيقة.

كذلك بالنسبة لليمين الحاسمة<sup>(١٥٤)</sup> وفيها يحتكم الخصم الذي لا دليل له على صحة ما يدعيه إلى ضمير خصمه. فهنا يلجأ الخصم الذي يعوزه الدليل إلى طلب

(١٥٢) م ١٠٦ إثبات مصري، ويقابلها م ٥٨ إثبات كويتي.

(١٥٣) م ١١٣ إثبات مصري ويقابلها م ٤/٦٠ إثبات كويتي.

(١٥٤) وتعد الملاذ لطالبتها عندما تعوزه وسائل الإثبات الأخرى. انظر د. شكري سرور. شرح قانون الإثبات. المرجع السابق ص ٢١٦ هامش (٣١) والحكم الذي أشار إليه.

توجيه اليمين إلى خصمه يلزمه فيه بأن يقول الحقيقة فإذا توافرت شروط توجيهها جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه.

صحيح من المتصور أن يحلف من وجهته إليه اليمين كذبا ولا يقول الحقيقة. ولكن يبقى أن في الحلف كذبا معصية دينية. وكذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون<sup>(١٥٥)</sup>.

وهكذا يتضح أن اليمين وسيلة لجأ إليها الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات يلزم فيها خصمه بأن يقول الحقيقة. إنها مظهر آخر من مظاهر واجب تعاون الخصوم في الكشف عن الحقيقة.

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد اتخذ موقفا أكثر صراحة وجراً من غيره من القوانين. فقد نصت المادة ١٠ من القانون المدني والمعدلة بقانون ٥ يوليو ١٩٧٢ على التزام كل فرد بأن يقدم مساعدته إلى العدالة بهدف إظهار الحقيقة. ومن يتهرب، دون مبرر مشروع، من هذا الالتزام، عندما يطلب منه ذلك، يجوز إجباره على التنفيذ عن طريق فرض غرامة تهديديه، أو غرامة مدنية<sup>(١٥٦)</sup>.

وهكذا يبين أن الخصوم أنفسهم مكلفون بالتعاون في الكشف عن الحقيقة. وهو التزام تضعه المادة ١١ من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي موضع التطبيق حيث تنص على إلزام الأطراف بأن يتقدموا بمساعدتهم في إجراءات

---

(١٥٥) د. منصور مصطفى منصور - الإثبات في المواد المدنية والتجارية. المرجع السابق ص ٩٧.  
(١٥٦) المادة ١٠ تكرر مبدأ عاما بمقتضاه تخول القاضي سلطة تقديرية في إجبار الخصوم والغير عن طريق الغرامة التهديدية بتقديم ما لديهم من مستندات. انظر في ذلك.  
باريس ٧ مارس ١٩٧٢. الأسبوع القانوني، ١٩٧٢، ٦١٦٣، وانظر (G.) Marraud الحق في الإثبات - الإلزام على تقديم الأدلة أمام العدالة. الأسبوع القانوني. ١٩٧٣، ١٠ ٢٥٧٢٠.  
ورغم عمومية نص ١٠ م في استخدام الفراشة الهندية إلا أن الأمر لا يتعلق بالحالات التي تنتهك فيها المبادئ الأساسية كمبدأ حصانة الجسم الإنساني.  
انظر في ذلك ٢٤ نوفمبر ١٩٨١. دالوز، ١٩٨٢. ٣٥٥. ملاحظات ما سيب.

التحقيق... وإذا كان بحوزة أحد الأطراف دليل إثبات، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف الآخر، أن يلزمه بتقديمه.

إنه من الواضح أن المشرع يعطى للخصم الحق في أن يجبر خصمه بتقديم ما تحت يده من أدلة تساعد على إظهار الحقيقة. وإذا استخدم النص كلمة دليل إثبات دون أن يحدد أو يستبعد دليلاً معيناً، فهذا يعنى أن نطاق الأدلة التي يجوز للخصم إجبار خصمه على تقديمها يمتد ليشمل المساس بجسم الإنسان كما هو شأن الحصول على عينة من الدم لفحصها<sup>(١٥٧)</sup>. هذا الذي يؤدي إلى دراسة صعوبة أخيرة تكمن في مبدأ معصومية الجسد.

### المطلب الرابع

#### فحص الدم ومدى جواز المساس بمبدأ معصومية الجسد

٧٤ - لا شك أن الإجبار على الخضوع لفحص الدم يمثل نوعاً من الاعتداء على مبدأ حرمة الجسد، والذي يمثل إحدى القيم العليا لأي مجتمع متحضر. ولكن ألا يتضمن رفض الخضوع لهذا الفحص باسم مبدأ حرمة الجسد تعدياً شديداً، على حقوق تتصل بقيم على مستوى عال من الأهمية لا تقل عن مبدأ حرمة الجسد.

الواقع أن ثبوت النسب تتعلق به حقوق مشتركة بين الله تعالى، وبين الأم، والأب، والولد.

ووجه كون ثبوت النسب حقاً لله تعالى فلائنه يتصل بحرمانات أوجب الله رعايتها<sup>(١٥٨)</sup>. وهذه الرعاية لن تتأتى إلا بالمحافظة على الأنساب. وما يشهد على

(١٥٧) انظر: أندريه يونسارد. تقرير مقدم إلى جمعية هنري كاييتان الحقيقة والقانون ١٩٨٧ ص - ٦٧٣ : ٦٩٤ وبصفه خاصة ص - ٦٩٠ .

(١٥٨) نقض مدني رقم ٢٤ لسنة ٣٩ ق. أحوال شخصية في ٢٣ / مايو ١٩٧٣ السنة ٢٤ العدد ٢ ص - ٨١٦ ق ١٤٣، طعن رقم ٣٠ سنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٨ ص ١٨ ص - ١٦٣٩ .

كونه حقا من حقوق الله تعالى أن تقبل الشهادة فيه حسبة<sup>(١٥٩)</sup>. أى من غير أن تكون هناك دعوى من المدعى.

أما وجه كونه حقا للأم فلأن فى إثبات نسب الولد من أبيه ما يدفع عنها تهمة الزنا، ودفع العار عنها، وعن أسرتها، ولثلا تعير بولد ليس له أب معروف. ولأجل هذا فإنه يصح أن تكون الأم خصما فى دعوى النسب المجردة لا فرق بين أن يكون الولد فى حضانتها أو لم يكن لبلوغه سن زوال الحضانة عنه - فهى باعتبارها أم الولد تعد صاحبة مصلحة حقيقية فى دعوى نسب الولد من أبيه. إذ يوجد ارتباط وثيق بين دعوى النسب وأمومتها<sup>(١٦٠)</sup>.

أما وجه كونه حقا للأب، فلأنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت ولايته عليه ما دام صغيرا، وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له، وحق إرثه إن مات الولد قبله، وحقه فى إنفاق الولد عليه ما دام الأب محتاجا والابن قادرا<sup>(١٦١)</sup>.

أما وجه كونه حقا للولد فلأنه محتاج إليه دفعا للعار عن نفسه بكونه ابن زنا. ولأنه يترتب له حقوقا بينها الشرع. كما بينها له القوانين الوضعية كحق النفقة والحضانه والإرث.

والواقع حق الطفل فى النسب، بأن يكون له أب وأم معروفا به من أهم الحقوق التى كفلتها الشريعة الإسلامية<sup>(١٦٢)</sup>. واليوم يتجه الفكر القانونى المعاصر نحو الاهتمام بهذا الحق. فاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل فى ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩ والتى أقرتها فرنسا بمقتضى قانون رقم ٥٨٤ / ٩٠ الصادر فى ٢ يوليو

(١٥٩) انظر بدران أبو العينين بدران. حقوق الأولاد فى الشريعة الإسلامية والقانون ص - ٦. وانظر د. محمد سلام مذكور. الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام ١٩٧٥. دار النهضة العربية ص ٣٩٦.

(١٦٠) د. بدران أبو العينين بدران - نفس المرجع - ص ٦.

(١٦١) المرجع السابق ص ٦.

(١٦٢) د. زكريا البرى. أحكام الأولاد فى الإسلام. ١٩٦٤ ص - ١١.

١٩٩٠ والمعمول به في ٦ سبتمبر ١٩٩٠ تنص على أن للطفل، الحق في الاسم، والحق في اكتساب الجنسية، والحق في معرفة أبويه بقدر الإمكان<sup>(١٦٣)</sup>.

وهكذا يعد حق الطفل في معرفة أبويه، كما تنص الإتفاقية، تطبيقا واضحا لحماية نسب الطفل وضمان نسبته إلى أبيه الحقيقي.

وفي إطار هذا المنطق لا يجوز للأم والزوج الاتفاق على إسقاط حق الولد في النسب.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية<sup>(١٦٤)</sup> أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان ثبوت النسب حقا أصليا للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعبر بولد ليس له أب معروف، فهو في نفس الوقت حق أصلي للولد لأنه يرتب له حقوقا بينها المشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والإرث، ويتعلق به أيضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمان أوجب الله رعايتها. فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى. ومن ثم فلا يعيب الحكم وقد ثبت لديه إقرار الطاعن بالفراش أن يطرح مدلول ما جاء بالإقرار المقدم من الطاعن والمنسوب صدوره إلى المطعون عليها من أنه لم يعاشرها معاشرة الأزواج طالما أن فيه إسقاطا لحقوق الصغير لا تملكه.

وتأسيسا على ما تقدم يتضح الوضع الحقيقي للمشكلة: الامتناع عن الخضوع لفحص الدم بما يتضمنه من عرقلة إقامة الدليل المؤكد على إثبات البتة يمثل بالفعل اعتداء على قيم تتصل بالكيان المعنوي للإنسان. الأمر الذي يستلزم، نزولا

M.F. Nicolas Maguim . L'enfant et les sortileges: reflexions à propos du sort que réservent les (١٦٣) lois sur la bioethique aux droit de connaître ses origines. Dalloz . I . 1995 P. 75 .

(١٦٤) (طعن رقم ٢٨ سنة ٤٤ ق جلسة ١٢/٥/١٩٧٦ ص ٢٧ ص ١٠٩٣).

طعن رقم ٢٤ لسنة ٣٩ ق أحوال شخصية جلسة ٢٣/٥/١٩٧٣ .

طعن رقم ١٩٦٧/١١/٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ١٦٣٩ .

على مقتضى هذه القيم، المساس بالجسد وخاصة أن الفحص الحديث للدم يقدم الدليل على نفى النسب أو إثباته بطريقة لا تقبل الشك<sup>(١٦٥)</sup>.

ولكن السؤال الذي يثور هو إلى أي مدى ينحني مبدأ معصومية الجسد أمام حماية قيم أخرى لا تقل أهمية، وهي في مثالنا إثبات البنية؟

الواقع أنه ليس نادرا أن تواجه المحكمة المدعى عليه وهو يرفض الخضوع لفحص الدم، ولذا قد يرى القاضي اتخاذ إجراء يدفع الممتنع إلى الامتثال لما أمر به. ومن ذلك مثلا فرض ما يسمى بالغرامة التهديدية.

إنه في هذا الإطار من التفكير كان حكم محكمة باريس الجزئية بشأن نزاع عرض عليها. وكانت وقائعه تتعلق بدعوى رفعتها أم بشأن إثبات بنية ولدها وقد طلبت من المحكمة خضوع الأب المدعى عليه لفحص الدم للتحقق من نسبه، ولم يعارض الأب المدعى عليه في البداية، إلا أنه عاد وغير رأيه، ورفض الخضوع لهذا الفحص. الأمر الذي دفع المحكمة لفرض غرامة تهديدية قدرها ٢٠٠ فرنك في كل مرة يمتنع فيها عن تلبية طلب الخبير، المكلف بهذه المهمة، للحضور أمامه.

وبالطعن في هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس<sup>(١٦٦)</sup>، قضت المحكمة بتأييد الطعن وجاء في حيثيات الحكم.

إن المبدأ الأساسي وهو حرمة الجسم الإنساني يتعارض مع لجوء القاضي المدني إلى إجراء الضغط والإجبار، حتى ولو كان هذا الإجراء من طبيعة مالية. لحمل الشخص على الخضوع للمساس بجسمه، وحتى ولو كان هذا المساس بسيطا. وقد اعتبر الاعتداء على حق الإنسان في سلامة جسده جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات<sup>(١٦٧)</sup>.

(١٦٥) انظر فيما سبق، القيمة العلمية للفحص الحديث للدم بند ٥٠ وما بعده.

(١٦٦) استئناف باريس ٢٤ نوفمبر ١٩٨١. دالوز الأسبوعي ١٩٨٠. ص ٣٥٥ تعليق ما سيب.

(١٦٧) انظر د. محمد سامي الشوا. الحرية الجنائية للحق في سلامة الجسد رسالة - جامعة عين شمس ١٩٨٦.

وهكذا يقف مبدأ معصومية الجسد<sup>(١٦٨)</sup> ليستبعد فكرة إجبار الشخص على الخضوع للمساس بجسده ومنها الإجبار على الخضوع لفحص الدم.

صحيح أن المادة ١٠ من القانون المدني الفرنسي تفرض على كل فرد بأن يقدم مساعدته إلى العدالة بفرض اكتشاف الحقيقة. وتنص على أن من يتهرب، دون مبرر مشروع، من هذا الالتزام عندما يطلب منه ذلك يجوز إجباره على التنفيذ عن طريق فرض غرامة تهديدية أخرى غرامة مدنيه. كذلك تقضي المادة ١١ من قانون الخبرة الكويتي بأنه «إذا تخلف الخصم عن تنفيذ قرارات الخبير بغير عذر لجأ الخبير إلى المحكمة لتحكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة دنانير ولا تزيد عن عشرين دينارا وذلك بقرار يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية، ولا يقبل الطعن بأي طريق، ولكن للمحكمة أن تقبل المحكوم عليه من الغرامة لها أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا...»<sup>(١٦٩)</sup>.

(١٦٨) انظر في هذا المبدأ وتطبيقاته في مجال المسؤولية المدنية، وكذلك في مجال الحق في الإثبات د. حمدي عبد الرحمن. معصومية الجسد - بحث في مشكلات المسؤولية المدنية ونقل الأعضاء. طبعة ١٩٨٧.

(١٦٩) انظر المذكرة الإيضاحية للمرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون تنظيم الخبرة ص - ٤٧٩، ٤٨٠ حيث جاء «... أما بقية المادة (١١م) فيتضمن حكما مستحدثا قصد به التيسير على الخبير في أداء مهمته ومكافحة المتراخين من الخصوم أو الشهود. إذ يحدث أن يتخلف الخصم عن تنفيذ قرارات الخبير بغير عذر مقبول، وحتى لا يقف الخبير مكتوف اليدين أمام هذه العقوبات التي تطيل أمر مهمته أو تفسد وصوله إلى نتيجة صائبة، رأى المشروع أن يرسم الجزاء الذي يوقع في هذه الحالات - بأن يبلغ الخبير أمر الخصم إلى المحكمة لتحكم بتغريمه غرامة لا تقل عن خمسة دنانير ولا تزيد على عشرين دينارا، وتسهيلا لتنفيذ هذا الحكم في سرعة ويسر نصت المادة نفسها على أنه يكفي في شأن الحكم بها أن يثبتها القاضي في محضر الجلسة. وعندئذ يضحى لهذا المحضر قوة تنفيذية، ويكفي لمباشرة التنفيذ الجبري بمقتضاه ضد المخالف مجرد إخطاره بكتاب مسجل من ادارة الكتاب مرفقا به صورة من المنطوق. وقد نصت المادة نفسها على أن هذا الحكم لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن، وإنما يجوز للمحكمة - بعد إصداره - أن تقبل المخالف من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذرا مقبولا».

إلا أن مثل هذين النصين، وعلى الرغم من اتساع نطاقهما، لا يتعلقان إلا بالحالات التي يكون فيها الحكم بالغرامة جائزا. فلا يمتد إلى الحالات التي يؤدي فيها الضغط والإجبار إلى مخالفة وخرق أحد المبادئ الأساسية، كمبدأ حرمة الجسد<sup>(١٧٠)</sup>.

ولكن يبقى أن المادة ١١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية تجيز للمحكمة، في حالة رفض المدعى عليه الامتثال لأوامرها تمسكا بمبدأ حرمة الجسد، أن يستخلص ما تراه من نتائج.

وعلى الفور يثور التساؤل حول مفهوم هذه النتائج. وبمعنى آخر هل يمكن للمحكمة أن تتخذ من موقف الأب المدعى عليه برفض الخضوع لتحليل دمة دليلا على أنه الأب الحقيقي؟، أم يجب أن يقتصر الأمر على اعتبار هذا الرفض قرينه تدعم بأدلة أخرى؟

من الواضح أن خيارا لا بد أن ينتهي إليه القاضى. غير أن هذا الاختيار، فى مقام المسألة التى تعرض لها، لا بد أن يبدأ من الدور الذى يقدمه فحص الدم.

فحتى وقت قريب لم يكن فحص الدم يقدم سوى دليل مؤكد على نفى البتوة أما الآن فبفضل التقدم البيولوجى فإن فحص الدم يقدم الدليل ليس فقط على نفى البتوة وإنما أيضا على إثباتها بطريقة لا تقبل الشك.

ووفقا للدور الأول لا يكون للقاضى إلا أن يستخلص قرينة من رفض الخضوع للفحص ضد مصالح الممتنع وادعاءاته بحيث لا تصل هذه القرينة إلى حد اعتبارها دليلا كاملا<sup>(١٧١)</sup>.

أما وفقا للدور الثانى لا بد أن تختلف النتائج والحلول. فانطلاقا من الحقائق

(١٧٠) انظر حكم محكمة استئناف باريس السابق ذكره ٢٤ نوفمبر ١٩٨١ .  
(١٧١) د. حمدي عبدالرحمن. معصومية الجسد - المرجع السابق ص ١٠٤.

العلمية التي تفيد أن نتيجة تحليل الدم تقطع في ثبوت النسب أو نفيه، لا يمكن أن يفسر امتناع الأب المدعى عليه عن الخضوع لهذا الفحص سوى الخوف، كما تقول محكمة استئناف نيم<sup>(١٧٢)</sup>، من أن يرى هذا الإجراء وقد أزال اختلاط الأنساب<sup>(١٧٣)</sup>.

### خاتمة

الآن، وقد بلغ البحث غايته، نستطيع أن نقرر حقيقة يمكن أن تكون أساسا لما نشده من إصلاحات في مجال دراستنا على الأقل.

هذه الحقيقة هي أن الأحكام الاجتهادية التي توصل إليها فقهاؤنا المسلمون في مسألة ثبوت النسب قامت على أساس من الإلزام بأوامر الشرع دون إهمال للحقائق العلمية في زمانهم. وهكذا جاءت الأحكام الفقهية في مسألة النسب أروع مثال لقدرة الفقه الإسلامي على مسيرته لتغيير الزمان.

هذه الحقيقة دفعت المشرع المصري منذ أكثر من نصف قرن إلى أن يتدخل في مجال النسب ليعدل عن المذهب الحنفي بشأن بعض الأحكام الفقهية، آخذا في الاعتبار ما ثبت من حقائق علمية حديثة، حتى تأتي الأحكام في النهاية مسيرة لتغير الزمان دون خروج على أحكام الشرع ومبادئه. وقد حذا المشرع الكويتي حذوه في هذا الشأن.

ونفس الحقيقة تدفعنا اليوم إلى دعوة المشرع والقضاء في مصر والكويت لأن يعتدوا بنتائج فحص الدم، في مجال النسب، بعد أن أفادت المعطيات العلمية أن

---

Roger Nerson et J. Rubellin - Devichei . Les preuves scientifiques et le contentieux de la (١٧٢) filiation . R. T. D. civ ., 1983 P. 724 .

(١٧٣) انظر قريبا من هذا المعنى

Civ, 17 Nov. 1982 . et 1 fev. 1983 . D. 1983 . T. R. 330 obs. D. Huet weiller . 1 fev . 1983 . D. 1983 . I. R. 330 Obs. D. Huet - Weillier. D. 1983. 397 .

هذه النتائج تقدم دليلاً مؤكداً في نفي النسب أو ثبوته. وخاصة أن التسليم بهذا الدليل لا يتعارض في شيء مع روح الشرع الإسلامي وأحكامه، إن لم يقدم تدعيماً للأصل المقرر في الشريعة الإسلامية «الولد للفراش». وإذا كان هذا الأسلوب يمكن أن يثير بعض الاعتراضات من ناحية الإصطدام ببعض المبادئ القانونية، فهي اعتراضات مردودة على نحو ما فصلناه.

فإذا ما وصل المشرع والقضاء إلى الاقتناع بهذا الدليل العلمي. فإنه سيكون لكل منهما دوره.

أما بالنسبة للمشرع فإن تدخله تشريعياً نراه لازماً من زاويتين:

الأولى: إذا كان أسلوب عدم قبول دعوى النسب عند الإنكار أسلوباً لجأ إليه المشرع للتغلب على احتيالات الزوجات في نسب أولاد غير شرعيين لأزواجهن في وقت لم يكن فيه من المتاح إثبات حقيقة هذا النسب على نحو مؤكد، فإنه من الواجب التحول عن هذا الحل التشريعي ومعالجة المشكلة بالنص على قرينة لمصلحة الزوج، قرينة بسيطة، لا قاطعة تقبل إثبات العكس وبطبيعة الحال فهذا الإثبات متاح اليوم على نحو ما بيناه.

الثاني: إذا كان المشرع المصري، قد عدل عن أحكام المذهب الحنفي بخصوص تحديد أقصى مدة للحمل وجعلها عاماً واحداً بدلاً من عامين، فإننا نتفق مع شيخنا الكبير أحمد إبراهيم حيث رأى أن المدة ما زالت طويلة. فإذا قيل إن الدافع لذلك هو استيعاب جميع الحالات النادرة. فإن الأخذ بالأسلوب العلمي لفحص الدم يواجه هذه الحالات. وخاصة أنها لا تثور إلا عند النزاع.

أما بالنسبة للقضاء، فإننا نتوقع، وقد اقتنع بهذا الدليل العلمي، أن يعتمد عليه في جميع حالات تنازع النسب سلباً أو إيجاباً. على أن أهم حالات الأخذ بهذا الدليل نراها في حالة اللجوء إلى إجراء اللعان لنفي النسب. إذ يستطيع القاضي أن يطبق اللعان للتفريق بين الزوجين وأن يأمر في نفس الوقت بإجراء الفحص الطبي

للوصول إلى حقيقة نسب الولد. فاللعان لا يتعارض - على نحو ما فصلنا - مع اللجوء إلى الإثبات العلمى.

إن عهدنا بالقضاء أنه أكثر سرعة من المشرع فى الاستجابة للتفاعل مع روح العصر ومتطلباته، كما أنه فى حدود سلطته لا يدخر جهدا لسد فجوات النصوص مساندة للتطور بعيدا عن التحكم. هذا الذى يجعله، كما قيل، ضامنا للحقوق الفردية يتوخى تحقيق العدالة بصورة أوسع نطاقا وأجزل نفعا من المشرع.

فإذا كان عهدنا بالقضاء هكذا، فإنه يكون مسموحا لنا أن نتساءل بعد ذلك عن السبب الذى يجعله يحجم عن الأخذ بهذا الدليل ويتنكر له فى أهم مجالات القانون.

## المراجع

### أولا باللغة العربية

- ١ - القرآن الكريم
- ٢ - كتب التفسير: التفسير الكبير للإمام الفخر الرازي - المجلد الثالث الجزء السادس - الطبعة الثالثة. دار إحياء التراث العربي - بيروت.

### ٣ - المذاهب الفقهية

#### الفقه الحنفي

- المبسوط: لشمس الدين السرخي - دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للكاساني - علاء الدين - أبي بكر بن مسعود الكاساني - الحنفى الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ. - ج ٣ ط ٢.
- ١٩٨٦. - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- البحر الرائق - شرح كنز الدقائق. - ج ٤. دار الكتاب الإسلامى لإحياء ونشر التراث الإسلامى.
- شرح فتح القدير. لكمال الدين بن الهمام المتوفى سنة ٦٨١.

#### الفقه الشافعى

- الأم: أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعى (١٥٠ - ٢٠٤) أشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهر النجار. دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.
- الفقه المالكي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (لابن رشد) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القطبى .
- الفقه الحنبلي: المغني ويليهِ الشرح الكبير. للإمامين موقف الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدس، طبعة دار الكتاب العربي بيروت - ج ٩، ٧.

- الفقه الشيعي: البحر الزخار. للإمام أحمد بن يحيى المرتضى والفقه الظاهري: المحلى: لأبي محمد علي بن حزم.
- ٣ - الكتب العامة والمتخصصة في الفقه والقانون
  - \* طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية، ط ١٩٨٥. إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم.
  - \* أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون ١٩٩٤ - إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم.
  - \* المواريث - ١٩٤٣ - مكتبة عبد الله وهبه.
- أحمد محمد الشافعي: الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب دراسة مقارنة بين المذاهب في الفقه الإسلامي. الدار الجامعية.
- بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون. مؤسسة شباب الجامعة.
- بدر الخليفة: الأدلة الجنائية العملية. مذكرات كلية الحقوق - جامعة الكويت. ١٩٩٤.
- جميل الشرقاوي: الإثبات في المواد المدنية ١٩٧٩
- حمدي عبدالرحمن: معصومية الجسد - بحث في مشكلات المسؤولية المدنية ونقل الأعضاء سنة ١٩٨٧.
- زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية منشورات جامعة قار يونس ١٩٨٩.
- شكري سرور: شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي دراسة مقارنة ١٩٩٤.
- صوفى أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد الإسلامية. الطبعة الثالثة. دار النهضة العربية

- عبد الفتاح محمد أبو العينين: القضاء والإثبات فى الفقه الإسلامى مع المقارنة بقانون الإثبات اليمنى
- عبد الرحمن الصابونى: أحكام الطلاق فى الفقه الإسلامى وما عليه العمل فى دولة الإمارات العربية المتحدة، دار القلم - الإمارات العربية - دبی .
- عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى جـ ٢ . ١٩٧٧ - دار التراث للطبع والنشر - القاهرة .
- عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات فى المواد المدنية ط ١٩٥٢ .
- كولسون (ن - ج): فى تاريخ التشريع الإسلامى ترجمة وتعليق د. محمد أحمد سراح ومراجعة د. حسن محمود عبد اللطيف شافعى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ١٩٩٢ .
- محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية. دار الفكر العربى .
- محمد بن عمر الغردى: حقوق المرأة فى الزواج. دار الاعتصام .
- محمد زكريا البرديس: الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية ط ١ - ١٩٧٥ - دار النهضة العربية .
- محمد سلام مذكور: الوجيز لأحكام الأسرة فى الإسلام ١٩٧٥ - دار النهضة العربية .
- محمد على محجوب: الأسرة وأحكامها فى الشريعة الإسلامية ١٩٨٣ .
- محمد محمد فرحات:
- \* أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة مع التعرض للقوانين المعمول بها وأحكام القضاء. دار النهضة العربية ط ١٩٩١ - ١٩٩٢ .
- \* القرية كوسيلة للإثبات فى الفقه الإسلامى. دراسة مقارنة.
- محمد مصطفى شلبى: أحكام الأسرة فى الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفرى والقانون، دار النهضة العربية ١٩٧٧ م .

- محمد وحيد الدين سوار: الشكل فى الفقه الإسلامى - دار الإدارة العامة بالسعودية - إدارة البحوث - ط ١٩٨٥ .
- محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى الطبعة الأولى، ١٩٥٦ .
- مصطفى أحمد الزرقاء: مجلة الأحكام العدلية وحركة التقنين من الفقه الإسلامى مجلة القضاء والقانون. السنة الأولى - العدد الأول ص ٢٢ .
- مصطفى بن العدوى: أحكام الطلاق فى الشريعة الإسلامية.
- معوض عبد التواب: موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات. الجزء الأول. دار الوفاء المنصورة ط ٤ - ١٩٨٨ .
- منصور مصطفى منصور: - الإثبات فى المواد المدنية والتجارية مذكرات على الآلة الكاتبة، جامعة الكويت ٨٠ - ١٩٨١ .
- نادية مرسال عبد الله: اللعان كسبب للتفريق، دار النهضة العربية ١٩٩٤ - أنواع العدة فى الشريعة الإسلامية ١٩٩٤ . مكتبة دار النهضة العربية.
- وجدى راغب: دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق - جامعة عين شمس يناير ١٩٧٦ - العدد الأول - السنة ١٨ .

### ثالثا: أحكام القضاء

#### ١ - القضاء المصرى

- نقض مدنى رقم ١٠ لسنة ٢٩ ق أحوال شخصية فى ١٧/١/١٩٦٢ مجموعة النقض المدنية، السنة ١٣ - قاعدة ١٠ ص - ٧٢ .
- نقض مدنى رقم ٣٥ لسنة ٣٢ ق أحوال شخصية فى ١٠/٦/١٩٦٤ مجموعة النقض المدنية السنة ١٥ قاعدة ١٢٥ ص - ٧٨٧ .

- نقض مدني رقم ١٤ لسنة ٣٣ ق أحوال شخصية في ١٢/٧/١٩٦٦ مجموعة  
النقض المدنية السنة ١٧ قاعدة ٢٦٢ ص - ١٨١١ .
- نقض مدني رقم ٢٢ لسنة ٣٥ أحوال شخصية في ٣/١٥/١٩٦٧ مجموعة النقض  
السنة ١٨ العدد الأول قاعدة ١٠٢ ص - ٦٥٥ .
- نقض جنائي رقم ١٢١٧ لسنة ٣٨ ق. أحوال شخصية في ١٠/٢١/١٩٦٨  
مجموعة النقض المدني السنة ١٩ - قاعدة ١٦٨ ص - ٨٥٠ .
- نقض مدني رقم ١١ لسنة ٣٧ ق. أحوال شخصية في ١١/٢٥/١٩٧٠ مجموعة  
النقض المدنية - العدد الثاني السنة ٢١ قاعدة ١٩٠ ص - ١١٦١ .
- نقض مدني رقم ١٩ لسنة ١٩ ق. أحوال شخصية في ٤/٢٥/١٩٧٣ مجموعة  
النقض المدنية السنة ٢٤ العدد الأول قاعدة ١١٩ ص - ٦٧٧ .
- نقض مدني رقم ٢٤ لسنة ٣٩ ق أحوال شخصية في ٢٣ / ٥ / ١٩٧٣ .  
مجموعة النقض المدنية السنة ٢٤ العدد الثاني قاعدة ١٤٣ ص - ٨١٦ .
- نقض مدني رقم ١١ السنة ٤٤ من أحوال شخصية. مجموعة النقض المدني  
السنة ٢٧ في ٤/٢/١٩٧٦ العدد الأول قاعدة ٨٣ ص ٣٩٨ .
- نقض مدني رقم ٢٥ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية ٣١/٥/١٩٧٨ مجموعة  
النقض المدنية السنة ٢٩ العدد الثاني. قاعدة ٢٦٧ ص ١٣٧٩ .
- نقض مدني رقم ٣٠ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية في ٣/١/١٩٧٨ . مجموعة  
النقض المدنية العدد الأول قاعدة ١٢٩ ص - ٦٥٨ .
- نقض مدني رقم ٢٩ لسنة ٤٦ من أحوال شخصية. في ٣/٧/١٩٧٩ مجموعة  
النقض المدنية السنة ٣٠ . قاعدة رقم ١٣٨ ص - ٧٥٣ .
- نقض مدني رقم ٣٨ لسنة ٤٧ ق أحوال شخصية في ٣/٥/١٩٨٠ مجموعة  
النقض المدنية السنة ٣١ . قاعدة رقم ١٤٧ ص - ٧٤٦ .
- نقض مدني رقم ٢١ لسنة ٤٧ ق أحوال شخصية في ٥/٢١/١٩٨٠ مجموعة  
النقض المدنية السنة ٣١ - قاعدة ٢٧٥ ص - ١٤٥٦ .

- نقض مدنى رقم ٥ لسنة ٥٠ ق. أحوال شخصية فى ١٩٨١/٥/٢٦ مجموعة النقض المدنية السنة ٣٤ - قاعدة ٢٩١ ص - ١٦١٤ .
- نقض مدنى رقم ٤٤ لسنة ٥١ ق. أحوال شخصية فى ١٩٨٢/٣/١٦ مجموعة النقض المدنية السنة ٣٣ ج ٢ . قاعدة ٥٧ ص - ٣١٢ .

### ب - القضاء الكويتى

- طعن بالتمييز رقم ٨٢/٣ أحوال شخصية . فى ١٩٨٣/٤/٢٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١٠/٧٩ حتى ٣١/١٢/١٩٨٥ .
- طعن رقم ٨٣/٥ أحوال شخصية فى ١٩٨٣/١٠/١٧ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١٠/٧٩ إلى ٣١/١٢/١٩٨٥ .
- طعن بالتمييز رقم ٨٤/٢٥ أحوال شخصية . استئناف عليا - دائرة التمييز فى ١٩٨٥/٢/١١ - مجلة القضاء والقانون السنة ١٣ العدد الأول . فبراير ١٩٨٩ قاعدة ٧٩ ص ٢٥٤ .
- طعن بالتمييز رقم ٢٠٣ / ٨٦ أحوال شخصية دائرة التمييز فى ١٩٨٧/١/١٩ . مجلة القضاء والقانون السنة ١٥ العدد الأول أكتوبر ١٩٩٤ .
- قاعدة ١٠٣ ص - ٣٦٤ .
- طعن بالتمييز رقم ٢٨ / ٨٧ أحوال شخصية - دائرة التمييز فى ١٩٨٨ / ٣ / ٢١ مجلة القضاء والقانون السنة ١٦ العدد الأول مارس ١٩٩٥ قاعدة ٩٣ ص - ٣٢٩ .
- طعن رقم ١٩٩٣/٤٠ أحوال شخصية فى ١٩٩٣/١٢/٢٥ . غير منشور .

### الموسوعات :

- ١ - موسوعة الفقه الإسلامى عدد ٢٩ ص ٣٥٧ .
- ٢ - موسوعة جمال عبدالناصر من الفقه الإسلامى . القاهرة ١٣٨٧هـ . ج٢ إثبات ص ١٨٢ .

- Atis . Progrès du droit et Progrès de la science du droit . Rev. Trim . Dr. civ . 1983 . P. 692 - 7-2 .
- M. Barrier (P. L) examen du sang et le rôle du Juge dans les proces relatif à la filiation, R. T. D. civ , 1949 .
- Catherine Labrusse et Gerard Cornou: Droit de la filiation et Progrès scientifiques . Commication faites au colloque Famille et droit ed . Economica Paris 1982 .
- Clemen (J.L) Sciencces légales et police scientifique . Masson 1987 .
- Daigre (J.J) la production forcé de piece dans le proces civil . thèse poitiers . Presses universaitaire De france . 1979.
- Gebler (M.J) le droit français de la filiation et la verite preface de D. Tallon . L - G - . D. J. Paris 1970 .
- Gilda Nicolau:
- Linfluence des progrès de la genetique sur le droit de la filiation diffusion presse universitaire de Bordeau 1991.
- Hecht, Essai sur quelques aspects des rapports entre droit prive et biologie, thès toulouse 1980 .
- larguier (J) la preuve d'un fait négatiif. R.T.D.Civ 1953. p. 1et s.s.
- Henó (B): Le déclin des fins de non - recevoir dans le droit francais . J. C. P. 1975 I . 2706 .
- Miolliot - (louis) Francois - Blanc (Paul) introduction A L'Etude du droit Musulman . 2<sup>e</sup> ed . Sirey . 1987 .
- Miras (A.) , Mali (M.), Malicier (D.) l'identification en medecine legale . ed . Alexandril lacassagne . lyon . 1991 .
- Nerson l' influen ce de la biologie et de la médecine sur le droit . R. T. D. civ. 1970 . 661 .
- Le progres scientifique et l'evolution du droit familiale . etudes Ripert 1950 P. 100 .

- Nerson et Rubellin - Devichilg :
- Les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation , R. T. D. Civ . , 1983 . P. 722 .
- Oppetit (M.) Les fins de non recevoir à l' action en recherche de paternite naturel . R. T. D. Civ., 1967 . P. 778 .
- Vidal (J) La place de la verité biologique dans le droit de la filiation . Melange Martin p. 113 .

٢ - تعليقات على أحكام القضاء

- \* Huetrvellier (D.):
  - Note, sous Paris 29 nov. 1982 D. 1983 . I . R.
- \* Huet - weiller :
  - Note, sous paris 21 fev . 1986 . D. 1986 . II. 323 .
- \* Massip. (J):
  - Note, sous paris 16 decembre 1976 - D- 1977 . J. 133. Note sous Paris 1<sup>ere</sup> ch.° mai 1979 . D - 1979 . J - 505. Note sous Paris 5 novembre 1981 - D - S . 1982 - J - 342. Note sous Pais 24 novembre 1981 . D. 1982. J. 356 .
  - Note, sous sous cass. civ., 1 ere fevrier 1982 . D 1983 . J 397 .
  - Note, sous cass civ ., 1ere ch. 28 avril 1986 D. 1986 . J 484 .
  - Note, Paris 13 nars 1979 . J. C. p. 1981 . 17. 292 .
  - Note, Cass . Civ . 1 ere ch . 3 mars 1981 . Bull. Civ . 1981 P. 63 no 77 . J. C. P. 1981 . IV p. 177 .