القانون الواجب التطبيق
على إثبات النسب

إعداد

د/ رشا علي الدين

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

مقدمة

الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية والغاية منها، وهم المستقبل لأي أمة، ولهذا كان نسبة الأبناء لآبائهم من المسائل المهمة في أي مجتمع. وقد كان النَّسب عند بعض الأقوام أمرًا غير ذي بالٍ، فلم يكن يُهتم كثيرًا بنسبةِ الولد إلى أبيه؛ إذ كان يكتفي بنسبته إلى القبيلة، حيث كانت بعضَ الأسر لا ترى ضرورة تخصيص المرأة لرجل، ولا استئثار الرجل بامرأةٍ إذ كان مجموعة من الرجال يتشاركون امرأة واحدة،. ولهذا كان ينسب الوليد للأم لا للأب، فالأم معروفة علي خلاف الحال بالنسبة للأب(١).

ومع تطور الحياة الإنسانية، وتهذب السلوك البشري، ظهرت فكرة الزواج، واستئثار رجل بامرأة واحدة. وصار الحديث حول نسبة الأبناء للأب، بالإضافة لنسبته لأمه.

وجاءت شريعتنا الإسلامية الغراء لتعتبر النسب من الحقوق المهمة التي أثبتتها للولد وللوالدين، فهو حقٌّ للولدِ أولاً قبل كلِّ شيء، وقد أكد الإسلامُ على تقرير هذا الحقِّ وإثباته، وتأكيد وجوده بالنِّسبة لهذا الولد، وقد كان لهذا أثر عظيم في حمايةِ المجتمع الإسلامي وتماسكه والحفاظ على قوته.

فحرص الإسلام على ثبوت النَّسب، يرجع إلي سعيه علي الحفاظ على الأسرة؛ لأنَّ الأسرةَ هي اللبنة الأولى في بناءِ المجتمع؛ فبصلاحها يصلح المجتمعُ، وبفسادها يفسد المجتمعُ، ولا تصلح الأسرةُ ولا تحقّقُ الهدفَ المنشود منها إلا إذا نشأت عن طريق الزَّواج الصحيح، وبهذا الزَّواج يكون النَّسب.

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع علي الإنترنت:

http://www.alukah.net/sharia/0/40912, 12-10-2014.

ولهذا فقد شرع الله الزَّواجَ لغاياتٍ سامية، وأول هذه الغايات بقاء النوع الإنساني عن طريقٍ شرعي، وعلى أكمل وجه، كما جاء في شريعتنا الغراء.

والنسب هو رابطة سامية، وصلة عظيمة بين الأبناء والآباء. ولهذا عكفت التشريعات الوطنية علي وضع قواعد حاكمة له بوصفه البنيان الحقيقي لوجود الأسرة التي تعد عماد أي مجتمع، كما نصت الدساتير الوطنية.

ولما كان نسبة الأبناء إلي ذويهم تعد السبيل الأول تمتعهم بالحقوق والتزامهم بالواجبات، فقد سعت المواثيق والاتفاقيات الدولية علي التأكيد علي أهمية نسبة الأبناء إلي ذويهم، بوصفه حق من حقوق الإنسان في معرفة أصوله وآبائه.

أولاً: تعريف النسب لغة:

يعرف النسب لغة بأنه مشتق من مصدر الانتساب، وقيل يقصد به الانتساب للآباء، وتنسب أي ادعى أنه نسيب، ويقال القريب من تقرب لا من تنسب(١).

والنَّسْبَةُ والنُّسْبَةُ والنَّسَبُ: القرابةُ؛ والنِّسْبَةُ مصدرُ الانْتِساب؛ والنُّسْبَةُ: الاسمُ. والنَّسَبُ يكون بالآباءِ، ويكونُ إلى البلاد، ويكون في الصِّناعة ؛ وجمع النَّسَب أنْسابٌ. وانْتَسَبَ واسْتَنْسَبَ: ذكَرَ نَسَبه. يقال للرجل إذا سُئِلَ عن نَسَبه: اسْتَنْسِبْ لنا أي انْتَسِبْ لنا حتى نَعْرِفَك. ونَسَبَهُ يَنْسُبُهُ ويَنْسِبُهُ نَسَباً: عَزاه ونَسَبَه: سَأله أن يَنْتَسِبَ. وناسَبَه: شَرِكَه في نَسَبِهِ. والنَّسِيبُ: المُناسِبُ، والجمع نُسَباءُ وأنْسِباءُ؛ وفلانٌ يناسِبُ فلاناً، فهو نَسِيبه أي قريبه. وتَنَسَّبَ أي ادَّعَى أنه نَسِيبُك. وفي المثل: القريبُ مَن تَقَرَّبَ، لا مَنْ تَنَسَّبَ. ورجل نَسِيبٌ مَنْسُوب: ذو حَسَبٍ ونَسَبٍ. والنَّسَّابُ: العالم بالنَّسَب، وجمعه نَسَّابونَ؛ وهو النَّسَّابة(٢).

(١) لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٤، ص ٧٥٠.
(٢) لسان العرب، المرجع السابق، ص ٧٤٥.

ثانياً: تعريف النسب اصطلاحاً:

حاول الفقهاء وضع تعريف للمقصود بالنسب فعرفه ابن العربي بأنه "عبارة عن مزج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خلقًا مطلقًا، ولم يكن نسبا محققًا"[١].

وعرفه المعاصرون بأنه "سلالة الدم أو رابطة سلالة الدم، وهي التي تربط الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه[٢]. والنسب هو أهم حق للأولاد على أبيهم، لأنهم ثمرة الزواج بين أبويهم.

لابد من التفرقة هنا بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول هو ناتج علاقة جنسية شرعية بين الرجل والمرأة، والثاني هو نتاج علاقة جنسية غير شرعية بين الرجل والمرأة. وقد حرص المشرع المصري على وضع قواعد الأحوال الشخصية من خلال بيان الأسباب الشرعية لإثبات النسب حتى يكون صحيح خالي من العيوب التي تحول دون تحقيقه، ولكن على خلاف هذا لم يرد في القانون المصري أي قواعد خاصة بالنسب الطبيعي، ومن ثم لا يوجد أي قواعد منظمة سوى الراجح في آراء فقه الإمام أبو حنيفة.

وقد حرص الإسلام على أن يكون الأبناء ثمرة لقاء شرعي من زواج صحيح حتى تستقيم الحياة وتستقر النفوس وتقر العيون، ولذلك حرم الزنا وعلاقات المعاشرة غير الشرعية، وأي شكل من أشكال الاتصال الجنسي بين المرأة والرجل خارج دائرة الزواج.

---

(١) أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣، ص ٤٤٧.

(٢) د/ أحمد أحمد، النسب في الشريعة والقانون، دار العلوم، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، ص٨٣.

ولابد وأن نوضح هنا أنه يقصد بالنسب غير الشرعي ميلاد الطفل خارج الإطار الشرعي أي خارج الرابطة الزوجية، إذ هو ناتج عن علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، أو تلقيح صناعي لامرأة دون أن تكون متزوجة، أو متزوجة بأخرى ـ كما في زواج المثليين ـ[١].

ونقصد بإثبات النسب هنا بيان طرق ثبوت النسب، بالفراش أو بالإقرار، أو بالبينة أو حيازة الحالة، وكذلك محل الإثبات، وعبء الإثبات ومن يتحمل به، وشروط قبول دعوى إثبات النسب وإنكاره.

ثانياً: مشكلة الدراسة:

تعد مشكلة إثبات نسب بعض الأبناء لآبائهم من أهم المشكلات التي ظهرت في مجتمعنا المصري نتيجة لانتشار الزواج العرفي أو الزواج السري وما على شاكلته، بالإضافة للحديث عن إمكانية نسب بعض الأطفال إلى غير ذويهم، فيما يعرف بالتبني. وقد بلغت أعداد دعاوى إثبات وإنكار النسب المنظورة أمام المحاكم المصرية فئ الآونة الأخيرة ما يقرب من ١٢ ألف قضية وهو عدد جد خطير.

وإذا كانت مسألة إثبات النسب تثير الكثير من المشكلات على الصعيد المحلي فالأمور تزداد صعوبة في مجال تنازع القوانين، فقد يجد القاضي نفسه أمام قانون مختص أشارت له قاعدة الإسناد لكنه يتعارض في أحكامه تعارضًا صريحًا مع النظام العام في دولته، مما يستوجب استبعاد هذا القانون[٢].

---

(١) هو زواج يعقد بين شخصين من نفس الجنس أو من نفس الهوية الجنسية والاعتراف القانوني بزواج المثليين يدعى المساواة في الزواج كذلك وبالخصوص من قبل مؤيديه.

(٢) ولا يمكن أن نغفل هنا ما أثارته مشكلات إثبات النسب للعديد من المشاهير في المجتمع المصري، وتصدرها لصفحات الجرائد ووسائل الإعلام.

إن المشكلة الأساسية في علم تنازع القوانين هو الوصول للقانون الواجب التطبيق، فالعلاقة ترتبط بأكثر من دولة، والصعوبة تظهر في تحديد أنسب القوانين ليحكم هذه العلاقة.

ولكي يتسنى لنا تحديد القانون الواجب التطبيق، لابد من تحديد الضابط الذي سيرتكن إليه المشرع عند تحديد هذا القانون. ورغم كون مشكلة النسب من مسائل الأحوال الشخصية المهمة، إلا أن المشرع المصري لم يورد قاعدة إسناد خاصة بها، مما جعل الأمر يخضع لاجتهاد الفقهاء، ومن ثم كان لزامًا علينا أن نعرض لموقف التشريعات المقارنة لتكون نصب عيني المشرع المصري عند تعديل قواعده، ووضع قاعدة إسناد حاكمة لمسألة إثبات النسب.

خطة الدراسة:

وفقًا لما سبق، فإننا نقسم دراستنا إلى مبحثين نعرض في الأول لطرق إثبات النسب في القانون المصري، ثم نبين في الثاني القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب علي ضوء القانون المصري والتشريعات المقارنة.

المبحث الأول

وسائل إثبات النسب في القانون المصري

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت مسألة النسب في حق المرأة بمجرد الميلاد سواء كان هذا الإنجاب ناتج عن علاقة شرعية أو غير شرعية، فإن الأمر علي خلاف ذلك بالنسبة للرجل إذ لابد من طرق محددة يثبت من خلالها، ولا يمكن إنكاره.

وقد فرق الفقه بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول يضمنه المشرع المصري ضمن مسائل الأحوال الشخصية وينظمه بقواعد تتمثل في أسس شرعية يثبت من خلالها، حتى يكون صحيح خالي من العيوب التي تحول دون تحقيقه. ولم يضع المشرع المصري قواعد خاصة بإثبات النسب، ولهذا يتعين على القاضي الارتكان إلى قواعد إثبات النسب في الفقه الإسلامي. وذلك إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ولما كانت الشريعة الإسلامية هي أساس مسائل الأحوال الشخصية في القانون المصري، فإننا نجد أن مسألة النسب لم يرد فيها إلا نص المادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ولم يرد في هذا النص أي إشارة خاصة بنسب الابن غير الشرعي، ويتفق هذا مع نص المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والتي

نصت علي أنه "تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

ولما كانت أحكام الفقه الإسلامي هي أساس قواعد الأحوال الشخصية في القانون المصري، فالقاضي المصري ملتزم هنا بقواعد الشريعة الإسلامية وفقًا لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبو حنيفة، ولهذا يتعين علينا أن نعرض لوسائل إثبات النسب في القانون المصري مرتكنين في هذا لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء بوصفها المصدر الرئيسي للقانون المصري عامة ومسائل الأحوال الشخصية بصفة خاصة. وسنحاول أن نعرض بإيجاز دون الدخول في التفصيلات لقواعد النسب في الشريعة الإسلامية، موضحين الراجح من آراء الفقهاء.

وقد وضع الإسلام قواعد لنسب الأبناء، حتى يعرف الابن أباه وأمه. ويعد إثبات النسب للمرأة مجرد واقعة مادية تثبت في حق المرأة بمجرد واقعة الميلاد، سواء أكان هذا الإنجاب ناتج عن علاقة شرعية أم غير شرعية. ولكن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للرجل إذ لابد من طرق ووسائل صحيحة وقانونية يثبت من خلالها، ومن ثم لا يمكن إنكاره إلا بالوسائل الشرعية، وأسس ثبوته تتمثل في عدة أسباب يمكن إجمالها في الفراش وما الحق به.

وعلي هذا الأساس نقسم حديثنا هنا لمبحثين، نعرض في الأول لإثبات النسب عن طريق الفراش (العلاقة الزوجية)، ونعرض في الثاني لوسائل إثبات النسب بغير الفراش. ولا نقصد هنا النسب غير الشرعي بل النسب عن طريق الإقرار والبينة والوسائل العلمية لإثبات النسب أي النسب الذي لا يستند لعقد زواج صحيح.

المطلب الأول

إثبات النسب بالعلاقة الزوجية (الفراش)

يقصد بالفراش لغة هو ما يفرش، يقال: الأرض فراش الأنام، قال الله عز وجل "الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ فِرَاشاً"[١]. أي وطأه، لم يجعلها حزنة غليظة، لا يمكن الاستقرار عليها، ومن المجاز: الفراش: زوجة الرجل، يقال لامرأة الرجل: هي فراشه وإزاره ولحافه، لأن الرجل يفترشها[٢].

وقيل الفراش: اسم للزوج، فكل واحد من الزوجين يسمى فراشًا للآخر، كما سمي كل واحد منهما لباسًا للآخر[٣]، وقد يعبر به عن حالة الافتراش، افترشها، أي وطئها[٤].

ويقصد بالفراش اصطلاحًا "كون المرأة معنية للولادة لشخص واحد"[٥]، ومعناه أن تكون هناك علاقة زوجية شرعية، قائمة بين رجل وامرأة، ينتج عنها حمل، ثم ولادة، فيكون المولود ابنًا لهذا الرجل بالفراش، والمعتبر هو قيام الزوجية عند ابتداء الحمل، لا عند حصول الولادة[٦].

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢.

(٢) محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الخامس، دار صادر، بيروت، ٢٠١٠، ص٣٣٨٢.

(٣) أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، الجزء الرابع، دار الفكر، ١٩٧٩، ص٤٨٦.

(٤) محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، المرجع السابق، ص٣٣٨٢.

(٥) كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص ٣٤٨.

(٦) د/ منصور حسن منصور، الولد للفراش والبصمة الوراثية، مجلة الأزهر، الجزء ١١، السنة ٧٩، ٢٠٠٦، ص ١٧٥٤.

ومعنى الفراش هنا هو النكاح الحقيقي الذي كان الولد نتاجًا له، فهو تعبير مهذب عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة، حيث تكون المرأة كالفراش لزوجها.

وتعد الزوجية الصحيحة السبب الرئيس لثبوت نسب المولود الذي وضعته المرأة أثناء العلاقة الزوجية، دون الحاجة إلي اعتراف صريح من الزوج. يعني هذا أن الولد الذي تأتي به المرأة يلحق نسبه بمن يحل لها شرعًا جماعها، وهو الزوج.

إثبات النسب في إطار عقد الزواج:

يُقصد بعلاقة الزوجية وجود علاقة بين رجل وامرأة، كلاهما زوجًا للآخر وفقًا لعقد شرعي، وقد يكون الإنجاب في هذه الحالة من خلال علاقة زوجية عادية أو حتى من خلال ما يُطلق عليه التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي[١]، وقد يحدث الإنجاب أثناء قيام العلاقة الزوجية، وقد تكون بعد الانفصال أو وفاة الزوج. فالزواج هو عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر علي الوجه المشروع.، فهو عقد يتضمن إباحة الوطء[٢].

ويُطلق على إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية، لفظ "إثبات النسب بالفراش"، والفراش هنا يُقصد به وجود علاقة شرعية بين رجل وامرأة، وهذه العلاقة

(١) التلقيح الصناعي هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي للرجل في رحمها. فهذه العملية تقوم على عدم القدرة على الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة كوسيلة للإنجاب ليحل محله الحقن وفي هذه العملية يحصل الطبيب على الحيوانات المنوية وقت الإباضة للزوجة ثم يقوم بمعالجة الحيوانات المنوية في المعمل بحيث يمكن الحصول على الحيوانات النشطة ويضيف إليها من المواد ما يساعدها على ازدياد نشاطها ثم يقوم بحقن هذه الحيوانات المنوية داخل الرحم بواسطة قسطرة رفيعة.

(٢) د/ أحمد نصر الدين الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبري، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣، ص ٧.

ينتج منها حمل ثم ولادة، فيكون للمولود ابنًا لهذا الرجل بالفراش[١]. والعبرة هنا بوجود العلاقة الشرعية (الزواج) عند حدوث الحمل، لا عند حدوث الولادة.

والأصل في معنى الفراش هو الزواج الحقيقي الذي منه الولد، وهو لفظ يعبر عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة، ولما كان التحقق من حالة الجماع أم صعب التحقق منه، فالأصل فيه السترة والخفاء، فاكتفى بمظنته، وهو قيام حالة الزوجية الممكنة، ومن ثم يحكم بثبوت النسب بمقتضاها. وهو الأمر الثابت بالقرآن والسنة، يقول تعالى "واللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ"[٢].

وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال ابن أخي عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله.

كما اتفقت الأمة على ثبوت النسب بالفراش على جهة القطع، قال الإمام ابن الهيثم "وقد أجمعت الأمة على أن النسب يثبت بالفراش"[٣]، ومن ثم فإن النسب يثبت

---

(١) د/ منصور حسن منصور، المرجع السابق، ص١٧٥٤.

(٢) سورة النحل، الآية، ٧٢.

(٣) محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨، ص ٤٦٨.

بقيام الزواج، دون حاجة إلى إقرار من الزوج أو بينة تقيمها الزوجة، ويتعين علينا أن نبين هنا أن الولد يثبت لأمه دون حاجة لدليل، فهو واقعة مادية تحققت بالولادة، فمتى ولدت المرأة ثبت نسب الولد لها، سواء أكانت الولادة شرعية بالزواج أم غير شرعية بالسفاح. ويثبت الولد لأبيه بالنكاح أيًا كانت صوره صحيحًا، فاسدًا أو حتى وطئ بشبهة.

أ - النكاح الصحيح:

يُقصد به عقد الزواج المعتبر شرعًا، حيث توافرت أركانه وشروطه، وانتفت موانعه[١]. واتفق الفقهاء على ثبوت نسب الولد الذي يأتي ثمرة لزواج صحيح ينسب إلى فراشه، ولو نازع فيه منازع فلا يقبل منه[٢]. وذلك لقوله ﷺ "الولد للفراش وللعاهر الحجر". فالحديث واضح الدلالة في إثباته للنسب بالنكاح، وإنكاره في حالة السفاح، فليس للزاني حق في دعوى النسب.

فيثبت الولد بالزواج وفقًا للشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الزواج صحيحًا وفقًا لأحكام القانون المصري، ولهذا يلزم ثبوته بوثيقة رسمية، إلا أن المادة السابعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصت على سماع دعوى النسب في الزواج العرفي، فنصت علي أنه "لا تقبل عند

(١) د/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ١٤٦.

(٢) اختلف القائلون بهذا فيما تصير به الأمة فراشاً، فالجمهور على أنها لا تصير فراشاً إلا بالوطء، وذهب بعضُ المتأخرين من المالكية إلى أن الأمة التي تشترى للوطء دونَ الخِدمة، كالمرتفعة التي يُفهم من قرائن الأحوال أنها إنما تُراد للتسري، فتصير فِراشاً بنفس الشراء، والصحيح أن الأمة والحرة لا تصيران فِراشاً إلا بالدخول. راجع لمزيد من التفصيل، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، الجزء الثالث، القاهرة، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣، ص ٢٣٤.

الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء".

كما نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المستبدلة بالقانون ١٢٦ على " للطفل الحق فى نسبه إلى والدية الشرعيين والتمتع برعايتهما، وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة. وعلى الوالدين أن يوفرا الرعاية والحماية الضرورية للطفل، وعلى الدولة أن توفر رعاية بديلة لكل طفل حرم من رعاية أسرته ويحظر التبني". ومن الوسائل العلمية الآن في إثبات النسب، البصمة الوراثية أو ما يُعرف بـ DNA (الحمض النووي)[١].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وما يلحق به وهو المخالطة بناءً على عقد فاسد أو شبهه كما أن المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه أثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي"[٢].

---

(١) لم تُعرَف البصمة الوراثية حتى كان عام ١٩٨٤ حينما نشر د. "آليك جيفريز" عالم الوراثة بجامعة ليستر بإنجلترا بحثًا أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات، وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة. وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات مميّزة لكل فرد، ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط؛ بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في الترليون، مما يجعل التشابه مستحيلاً؛ لأن سكان الأرض لا يتعدون المليارات الستة، وسجل الدكتور «آليك» براءة اكتشافه عام ١٩٨٥، وأطلق على هذه التتابعات اسم (البصمة الوراثية للإنسان)، ويطلق عليها بالإنجليزية DNA.

(٢) الحكم الصادر في الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٥٥ قضائية، جلسة ٢٧مايو ١٩٨٦، منشور علي الإنترنت:

ولا عبرة لإثبات النسب ببقاء علاقة الزوجية أو انتهائها، فالعبرة بوجود العلاقة الزوجية الشرعية عند حدوث الحمل وليس ولادة الطفل.

ففي حكم حديث قضت محكمة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية بأنه: "وحيث أنه لا يشترط في إثبات عقد الزواج تقديم هذا العقد بل يكفى أن يثبت بالبينة وقرائن الأحوال حصوله وحصول المعاشرة الزوجية تنفيذاً له، كما أنه ليس باللازم أن يشهد الشهود مجلس ذلك العقد بل يكفى أن يشهدوا بعلمهم بحصوله لأن الشهادة بالتسامع جائزة. كما أن المقرر شرعاً أن النسب هو حق الله تعالى وهو من النظام العام وقد جرى الشارع على إثباته حتى إذا دار الأمر بين ثبوته ونفيه وترجح جانب الإثبات وتقبل فيه الشهادة حسبة ويغتفر فيه التناقض لما قد يصاحبه من لبس أو إخفاء وتجوز فيه الشهادة بالشائع ويترتب النسب فى نكاح فاسد إذ الأصل أن النسب يحتال في إثباته بما هو جائز عقلاً وقبوله شرعاً لحمل المرأة على الصلاح صيانة لشرفها وشرف عشيرتها وللتستر على الأعراض وإحياء للولد مراعاة لمصلحته"[1].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه "أن دعوى النسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية وأن إثباتها لا يخضع لما أورده المشرع في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المقابلة للفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها مما مفاده أنه لا يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة

---

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx.

(١) الاستئناف رقم ١٥٠٣ لسنة ١٢٣ قضائية، غير منشور وصادر بتاريخ ٢٤ مايو ٢٠٠٦، استئناف القاهرة.

زواج رسمية، كما أنه ولئن كان من المقرر أنه لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية إلا أن دعوى النسب مستثناة من هذه الدعاوى، ولا تخضع ـ وفقا لما سلف بيانه ـ من قيد على سماع دعوى الزوجية ولا تأثير على ذلك في دعوى النسب"[١].

ومن المقرر في القانون المصري وما استقر عليه القضاء المصري أن العقد الباطل لانتفاء شروط الانعقاد لا يترتب أي أثر من أثار الزواج الصحيح فلا يحل به دخول، ولا يجب به مهر، ولا يستحق بمقتضاه نفقة ولا طاعة ولا يثبت توارث ولا نسب لمولود.

الشرط الثاني: أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة: بأن يكون الزوج يمكن أن يحدث منه الحمل للزوجة، فإن لم يكن الزوج أهلاً للإنجاب، فلا يتم ثبوت نسب المولود له، وذلك كالصغير، وكذلك من كان لديه عاهة تجعله غير قادر على الإنجاب[٢]. فيقصد هنا المخالطة الجنسية بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج الصحيح ذلك أن العقد وحده لا يكفي إذ لابد من الدخول الحقيقي والتلاقي بين الزوجين.

ومن ذلك أيضًا عدم إمكانة التلاقي بين الوالدة والوالد، وقد ورد في المادة ١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حيث العقد، ولا لولد زوجة

(١) جلسة ٦ فبراير ٢٠٠٦، الطعنان رقم ٥٨٥، ٦٢٦ لسنة ٧٣ قضائية، منشور علي الإنترنت:
http://www.cc.gov.eg/Images/Madany/2006/2/585-73/585-73.pdf

(٢) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر، ص٧٩.

أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

فالمشرع المصري منع عند الإنكار سماع دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من وقت غيبة الزوج عنها.

فالجنين يحتاج إلي البقاء في بطن أمه مدة يتكون فيها بناؤه، وتتم أعضاؤه حتى يخرج إلي الحياة بشرًا سويًا، وقد جرت العادة بأن النساء يلدن لتسعة أشهر، وقلما ينقص عن ذلك ونادرًا ما يزيد.

الشرط الثالث: أن يولد الولد بعد ستة أشهر فأكثر من الزواج: وتلك أقل مدة للحمل، فإن ولد الولد لأقل من ستة أشهر واستمرت حياته ـ دون مساعدة طبية ـ كما يحدث الآن طبيًا في الولادات المبكرة داخل الحضانات، فلا يثبت نسبه من الزوج بإجماع الفقهاء، لأن ذلك دليل على أنه ت بالحمل قبل الزواج(١).

كما اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، والدليل على رأيهم: قوله تعالى "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا"(٢)، وفهمه مع قوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ"(٣).

(١) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩١، الجزء السادس، ص٣٠٦.

(٢) سورة الأحقاف، الآية ١٥.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

فوفقًا للنص القرآني فإن مجموع الحمل والإرضاع ثلاثين شهراً وكانت مدة الرضاع منه سنتين كان الباقي في المدة وهو ستة أشهر متعينًا للحمل. وهو ما يتفق مع ما روي عن أن عمر رضي الله عنه قال أن امرأة ولدت لستة أشهر، فهم عمر برجمها، فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه: ليس لك ذلك. قال الله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"، وقال تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرًا" فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرًا، لا رجم عليها، فخلى عمر سبيلها، وولدت مرة أخرى لذلك الحد". ومن هنا ذهب الاتجاه أن المرأة إذا ولدت حال قيام الزواج الصحيح ولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسب هذا الولد من زوجها، لأنها حملت به لم تكن زوجته إلا إذا ادعاه وأقر أنه ابنه، ولم يقل أنه ابنه من الزنا فيثبت نسبه(١).

ورغم وقوع الاتفاق بالإجماع علي أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، إلا أن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لأقصي مدة الحمل، وهذا لسبب وحيد مرجعه أن أقصي مدة للحمل لا دليل عليه من الكتاب والسنة. ولهذا اختلفت الآراء الفقهية في هذا الشأن.

فذهب الظاهرية إلي أن أقصي مدة حمل هي تسعة أشهر، وهو أقرب إلي المعتاد، والحكم يكون بالمعتاد لا بالنادر(٢). وهناك قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل بأن أقصي مدة للحمل هي أربع سنين، وسندهم في ذلك ما رواه الدار قطني،

(١) د/ رمضان علي الشرنباصى، أحكام الأسرة في الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٥٧.

(٢) د/ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها علي الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١١٨.

عن مالك بن أنس أنه كان يقول جارتنا امرأة محمد عجلان، امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن في أربع سنين[١].

وذهب رأي ثالث إلي أن أقصي مدة للحمل هي سنتان، واستدل هذا الرأي بقول السيدة عائشة رضي الله عنها "ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل أي مقدارًا يسيرًا". وحاول هذا الرأي التأكيد علي أن قول السيدة عائشة من الراجح أنها سمعنه من المصطفي صلي الله عليه وسلم[٢].

وقد أخذ المشرع المصري خروجًا على المذهب الحنفي في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأقصى مدة الحمل سنة شمسية أي ٣٦٥ يومًا بالنسبة لسماع دعوى نفقة العدة، ودعوى النسب حسبما يفهم من نص المادة ٢٣ من القانون سالف الذكر المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. ويلاحظ هنا أنه لا يعتد بأي ولادة بعد أكثر من عام ميلادي من انتهاء الفراش الصحيح بوفاة أو طلاق أو بعد انتهاء فراش الشبهة.

الشرط الرابع: إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد: يتخلق الولد بتلاقي ماء الرجل وماء المرأة، والزوجية هي مظنة ذلك، وهي الطريق الشرعي له. لذا فإن المشرع قد جعل الولد للفراش، وأنكره في السفاح، ولهذا اشترط الفقهاء التلاقي بين الزوجين بعد العقد، لإثبات النسب بينهما، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا الشرط[٣].

---

(١) د/ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولي، ١٩٨٤، ص ٣٨٤.

(٢) د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولي، ١٩٩٩، ص ٢٠١٣

(٣) د/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ١٤٨.

ب- النكاح الفاسد:

يعتبر النكاح الفاسد كالنكاح الصحيح في ثبوت النسب إذا اتصل به الدخول الحقيقي نتج عنه الولد، فإنه يترتب عليه إلحاق النسب احتياطيًا لإحياء الولد. ويعرف النكاح الفاسد بأنه النكاح الذي فقد شرطًا من شروط الصحة مثل ذلك كالعقد بغير شهود[١]، والزواج المؤقت (زواج المتعة)، الزواج بلا شهود، زواج المعتدة دون علم بالحرمة[٢]. وأيضًا كما في زواج المرأة الخامسة باتفاق الفقهاء[٣]، والنكاح بدون ولي عند البعض منهم[٤].

والزواج الفاسد شأنه شأن الزواج الصحيح، إذ يشترط فيه مدة الحمل، إلي جانب الدخول الحقيقي. ويترتب على هذا الزواج الفاسد التفرقة بين الزوجين، مع ثبوت النسب حماية لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه، مع ضرورة توافر بقية شروط ثبوت النسب في الزواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة، ومضي أقل مدة حمل.

ج- الوطء بالشبهة:

يُقصد به كل معاشرة بين رجل وامرأته، ليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد وليست زنا حتى لا توجب الحد، أو هو الوطء المحظور الذي لا يوجب حدًا، لقيام

(١) د/ وهبة الزحيلي، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠، ص ٤٧٣.

(٢) د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠١١، ص٩.

(٣) د/ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠، ص٤٧٣.

(٤) د/ رمضان علي الشرنباصى، المرجع السابق، ص١٦٠.

شبهة ترتب عليه انتفاء قصد الزنا[١]. فهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص. وهو يختلف عن الزنا في حسن النية، فحسن النية هي التي تلعب الدور الفاصل، فالزنا لا يثبت به النسب لأنه آثم ولا يعطي الله نعمته بمعصية[٢].

ويثبت النسب من الوطء بالشبهة عند جمهور الفقهاء[٣]، إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة حمل وبين أكثرها. فالنكاح بشبهة علي أنواع ثلاثة هي: أولها شبهة الملك، وفيه يشتبه الدليل الشرعي علي الرجل فيفهم الإباحة، كما في مواقعة رجل لامرأته التي طلقها طلاقًا بائنًا، وهي في عدتها ظنًا منه أن هذا يعد مراجعة منه لها ، كما في المطلقة طلاقًا رجعيًا. وثانيها شبهة العقد، فحاصلها أن يعقد الرجل علي امرأة، ويدخل بها دخول حقيقي، وهو يعتقد أنها تحل له ثم يتبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحل له، كما لو تبين أنها أخته في الرضاع. وثالثها شبهة الفعل، فحاصلها أن يواقع رجل امرأة علي أنها زوجته ثم يتبين بعد ذلك أنها ليست زوجته[٤].

تلك كانت أسس وشروط اكتساب النسب بناء علي عقد الزواج (الفراش) بوصفه الأساس الأول لاكتساب النسب. ولكن السؤال المهم هل هناك طرق وأسس أخري لاكتساب النسب؟ وهو ما نجيب عنه في المطلب التالي.

---

(١) د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص١٠.

(٢) د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠١١، ص٩.

(٣) د/ رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص١٥٨.

(٤) د/ محمد محي عبد المجيد، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

المطلب الثاني

وسائل إثبات النسب

نقصد بوسائل إثبات النسب هنا الإقرار والبينة والوسائل العلمية الحديثة وسوف نعرض لكل من هذه الطرق بمزيد من التفصيل.

أولاً: الإقرار بالنسب:

يقصد بالإقرار إخبار الشخص عن ثبوت حق عليه لشخص آخر، وهو أيضًا اعتراف بالشيء أي أقر به، وهو إعلان الشخص صراحة أن شخصًا معينًا هو ابنه سواء كان المقر رجلاً أو امرأة، وسواء كان المقر له ذكرًا أو أنثي[١].

من المقرر شرعًا أنه إذا صدر إقرار من الزوج في عقد الزواج الصحيح نسب الطفل إليه مستوفيًا لشروطه، فإنه لا يتحمل النفي، وذلك سواء أكان المقر صادقًا في الواقع أم كاذبًا. ونفي النسب بعد الإقرار لا أثر له. كذلك لا تقبل دعوي الإقرار بالنسب عند الإنكار بعد وفاة الأب.

ولهذا نصت المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية لسنة ٢٠٠٠ على أنه "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى، وعليها توقيعه، أو أدلة قطعية حازمة تدل على صحة هذا الادعاء".

---

(١) د/ حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج بين الآراء الفقهية وأحكام القضاء، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، الطلعة الأولي، ١٩٨٧، ص ٢٩٢.

ويلاحظ هنا أن النسب يثبت في حالة الزواج بالبينة كذلك، ويُقصد بها هنا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وتكون شهادتهما على توافر الزواج والفراش بمعناه الصحيح.

ويمكننا القول بأن هناك نوعان للإقرار في إثبات النسب:

أ – الإقرار المتعلق بذات المقر[١]، هو إقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، والنسب المقرر به هذا قاصر على نفس المقر لا غيره. ويشترط في الإقرار لثبوت النسب أن يكون المقر بالغًا عاقلاً ورشيدًا ليصح إقراره. وكذلك أن يكون المقر له مجهول النسب، أي لا يكون معروف النسب من أب غير المقر، وأيضًا أن تكون الأبوة أو الأمومة أو البنوة مما يشهد بها الواقع فلا يتصور أن يكون الفارق العمري بين المقر والمقر له ثلاثة أعوام مثلاً. ويلزم بجانب هذا أن يكون المقر حيًا، وألا يصرح أن المقر له ابنا من زنا أو بطريق التبني[٢].

ب- الإقرار بالنسب المحمول على الغير، يقصد به إقرار الغير بنسب غيره، فكما في إقرار شقيقين بنسب آخر إلى أبيهم. والراجح هو عدم ثبوت النسب بمثل هذا الإقرار[٣]. ويستند هذا الرأي إلى أن هذا الإقرار لا يثبت به نسب، لأنه لا يملك إنسان أن يلحق نسب شخص لآخر بمجرد اللفظ، بل إنه لا أثر لهذا الإقرار حتى ولو صدقه المقر له، ولا يثبت به النسب من المقر عليه، لأنه قد يكون للمقر له مصلحة من هذا التصديق، فهو إذًا من من يجلب النفع لنفسه[٤].

---

(١) د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص٢٩٠.

(٢) د/ أحمد نصر الجندي، محكمة الأسرة واختصاصها، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥، ص ٢٩٠.

(٣) د/ رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص١٦٢.

(٤) وقد أثبت الطب الحديث جواز بقاء الأجنة في عمر ٢٢ أسبوع من الحمل، ولكن هذا يتطلب المزيد من العناية الفائقة بهذا المولود.

ثانياً: إثبات النسب بالبينة:

هي أحد الوسائل الخاصة بإثبات النسب، والمراد بها المحافظة على مصلحة الصغير وروابط الأسرة.

ويُقصد بالبينة الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودًا حقيقيًا بواسطة الشم أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونًا. فهي كل دليل يمكن استعماله لإثبات النسب كالكتابة واليمين والقرائن وشهادة الشهود، وتلك الأخيرة، دون غيرها من الأدلة كانت أقوى وأغلب الأدلة وجودًا أمام المحاكم في إثبات النسب.

وتُعَدُّ البينةُ من الطُّرق والأدلة العامة في النَّسب وفي غيره، وهي مأخوذة من البيان والوضوح، ويقال: استبان الصبح: وضح، وهو على بينةٍ من أمره؛ أي: على وضوح وعدم خفاء. فالبينة عبارة عن شهادةِ شاهدين؛ رجلين، أو رجل وامرأتين، أنَّ هذا الولد هو ابنُ فلان، وأنه وُلد على فراشِه من زوجتِه أو أمَتِه(١).

والبينة أقوي من الإقرار من حيث ثبوت النسب، وإن كان قد ثبت بالإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان، لأنها أقوي منه. فتمتاز البينة علي الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها علي المدعي عليه وحده، بل قد تثبت في حقه وحق غيره، أما الإقرار فهو حجة قاصرة علي المقر لا تتعداه إلي غيره.

(١) البينة في اللغة هي البيان والوضوح، فيقال استبان الصبح أي أصبح واضحًا، كما يُقال أنه على بينة من أمره أي على وضوح وعدم الخفاء، والبينة في المعجم الوسيط يُقصد بها الحجة الواضحة، والتماس البينة أي طلبها والبحث عنها والقضاء بالبينة أي الحكم من خلالها الأدلة.

وقد قضت أحكام محكمة النقض المصرية بصحة الشهادة على وجود عقد الزواج وقيام العلاقة الزوجية حتى ولو لم يعاين الشاهد العقد متى اشتهر عند الشاهد ذلك طبقاً للمذهب الحنفي المعمول به في مصر في دعاوى الأحوال الشخصية عند عدم وجود نص فقد جاء في أحد أحكامها: "العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعيًا على قيام الزوجية والفراش، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح ولو لم يعاينه متى اشتهر عنده بأحد نوعى الشهادة الشرعية الحقيقية أو الحكمية فمتى شهد أن رجلاً وامرأة يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد، وهذا عند الصاحبين أما عند أبى حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهى ما تكون بالتواتر"[١].

كما قضت في حكم آخر لها "أن المقرر ـ في فقه الأحناف ـ أن النسب كما يثبت في جانب الرجل بالفراش فإنه يثبت بالبينة الشرعية ذلك بأن ثبوت النسب من حق الله ويقبل فيه ما لا يقبل في غيره حتى لو قالت لا شهود لي ثم أحضرت شهوداً قبل ذلك منها فأولى إذا لم تقل ذلك وتقدمت بالإثبات فإنه يكون مقبولاً بالأولى فضلاً عن ذلك فإن النسب مما يخفى ويقبل فيه ما لم يقبل في غيره"[٢].

(١) الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٧٢ قضائية، جلسة ٨ يونيو ٢٠١٠، منشور علي الإنترنت:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx.

(٢) الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٧٣ قضائية، جلسة ١٤ ديسمبر ٢٠١٠، منشور علي الإنترنت:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx.

ثالثًا: إثبات النسب بالطرق العلمية:

أفسح التطور التكنولوجي والعلمي المجال أمام استحداث وسائل جديدة للكشف عن الأبوة أو الأمومة من خلال طرق علمية متطورة أهمها ما عُرف بالبصمة الوراثية.

ويُقصد بالبصمة الوراثية البنية الشخصية نسبة إلى الجينات أو المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة تمتاز بالدقة، حيث إنها لا تكاد تخطئ في التحقق من الأبوة البيولوجية والتحقق من الشخصية[1].

ورغم الدراسات الطبية التي تؤكد دور البصمة الوراثية DNA في إثبات ونفي النسب، فمازال المشرع المصري يقف صامتًا حيال الأخذ بها، ومازالت المحاكم المصرية تستند إليها على سبيل الطمأنينة وليس على سبيل القطع، ويرتكن إليها القضاء كدليل لإثبات النسب في حالات الزواج الفاسد، ولكن لا يمكن القول بإمكانية الأخذ بها في إثبات نسب أطفال الزنا (الأطفال غير الشرعيين).

ويجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ولكن الحال علي غير ذلك في نفي النسب، فلا يجوز شرعًا الارتكان إلي البصمة الوراثية، حيث إن التحاليل البشرية قد يعتريها الخطأ البشري. أما إثبات النسب بهذه البصمة فلا يكون إلا في عقد صحيح لا يتم اللعان فيه بين الزوجين فإن تم اللعان فاللعان أقوى من البصمة الوراثية[2].

---

(١) د/ حافظ محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، دار القبة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص٦٨.

(٢) الطلب رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠٠٥ المقدم لدار الإفتاء والمرتبط بدعوى قضائية تتخلص وقائعها في أن المستأنف تزوج زوجته المستأنف ضدها بتاريخ ١٩٩٠/٣/٨، وأثناء استمرار المياه الزوجة أنجبت الزوجة طفلين الأول بتاريخ ١٩٩٠/١/٣، والثاني بتاريخ ٢٠٠٠/٤/١، وأن هذا الزوج احتفل بمولد الطفلين كل في حينه، كما أنه قام بقيدهما لدى الجهات المختصة شخصيًا واستخراج شهادتي ميلادهما بنفسه، ثم بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٢٧، وبعد ميلاد الطفل الأول بسنة وعشر أشهر=

يعني هذا أنه يشترط لإثبات النسب عن طريق التلقيح الصناعي توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون الزواج شرعيًا.

٢- أن يتم التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

٣- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

عرضنا في هذا المبحث لأكثر طرق إثبات النسب شيوعًا، والسؤال المهم الآن هل يجوز إثبات طفل الزنا (الطفل غير الشرعي) في القانون المصري؟

إثبات النسب غير الشرعي:

يُقصد بالنسب غير الشرعي، ميلاد الطفل خارج الإطار الشرعي أي خارج العلاقة الزوجية، إذ هو ناتج عن علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة، أو تلقيح صناعي للمرأة دون أن تكون متزوجة أو متزوجة بأخرى- كما في زواج المثليين.

وقد يتخلى الآباء عن هؤلاء الأطفال، ويظهر الطفل اللقيط، فهو المولود الذي تركه أهله بعد ولادته خوفًا من عار أو تخلصًا من نفقة أو فرار من ظروف قاهرة أجبروا فيها على التخلي عن وليدهم دون ترك ما يدل على هويته أو معرفة ذويه[١].

= و٢٤ يومًا، والطفل الثاني سبعة أشهر و٢٦ يومًا تقدم الزوج إلى الشرطة بشكوى يتهم فيها زوجته بالزنا ونفى نسب الطفلين، وتقدمت المحكمة بسؤالين لهيئة الإفتاء المصرية، الأول هو مدى جواز الاستناد إلى أقوال الأطباء والتحاليل الطبية وتحليل الحمض النووي لإثبات الزنا ونفي النسب شرعًا، والثاني هو المدة التي يجوز للرجل نفي الولد خلالها. راجع على موقع دار الإفتاء المصرية على الإنترنت: www.dar-alifta.gov.eg.

(١) د/ عبد العزيز مخيمر، اتفاقية حقوق الطفل خطوة للأمام أم إلى الوراء، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، العدد، ١٩٩٣، ص ١٣٩.

ولما كانت الشريعة الإسلامية هي أساس مسائل الأحوال الشخصية في القانون المصري، فإننا نجد أن مسألة النسب لم يرد فيها إلا نص المادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ولم يرد في هذا النص أي إشارة خاصة بنسب الطفل غير الشرعي أو اللقيط. ولما كانت أحكام الفقه الإسلامي هي أساس قواعد الأحوال الشخصية في القانون المصري فيتعين علينا أن نعرض لموقف الفقه الإسلامي.

وقد اتفق الفقه الإسلامي ـ كما بينا سابقًا ـ على أن الولد الذي يولد على فراش الزوجية ينسب لأبيه لقول المصطفى صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، أي أنه لا يجوز نسبة ابن الزنا للأب.

فإثبات نسب الولد الناتج من علاقة غير شرعية غير وارد باتفاق الفقهاء، حتى لو أثبتت فحوصات البصمة الوراثية نسبه إليه؛ لأن الزنا لا يصلح سببًا لثبوت النسب؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الوَلَدُ لِلفِراشِ وَلِلعاهِرِ الحَجَرُ". والمراد بـ(الفِراش): أن تحمل الزوجة من عقد زواج صحيح، فيكون ولدها ابنًا لهذا الزوج، والمراد بـ(العاهر): الزاني. لكن يجب أن يُنسب ولد الزنا لأمه فقط، فيجب تعريفه بأمه؛ لما بينهما من الحقوق المتبادلة كحق الميراث والحضانة وحرمة المصاهرة وغيرها من الحقوق.

عرضنا في هذا المبحث لأسس إثبات النسب في القانون المصري، سواء أكانت من خلال فراش الزوجية أم وسائل إثبات النسب بغير فراش الزوجية. ويتعين علينا أن نبين هنا أننا لم نعرض لوسائل نفي النسب نظرًا لكون دراستنا قاصرة علي القانون الواجب التطبيق علي إثبات النسب.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على مسائل النسب

تمهيد وتقسيم:

أوضحنا سابقًا بأن المقصود بالنسب الشرعي، النسب المنبثق عن علاقة زوجية صحيحة، أي نسبة الولد لأبويه المتزوجين، ولابد وأن نبين هنا أن المشرع المصري لم يورد أي قاعدة تنازع تحدد القانون الواجب التطبيق على النسب.

ومن ثم، يتوجب علينا البحث عن القانون الواجب التطبيق في ضوء النصوص الخاصة بتنازع القوانين في القانون المصري، ويمكننا القول بأن البنوة الشرعية هي نتاج الزواج، ومن ثم تعد من مسائل الأحوال الشخصية. وإذا كان قانون الجنسية هو أساس قواعد الإسناد في شتى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فالسؤال هل نعتد بجنسية الأب أم الأم أم الوليد؟ والسؤال المهم هل يختلف القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي عن القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي.

وعلى هذا الأساس فإننا نقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي.

المطلب الثالث: نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على النسب

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي

حاول الفقه البحث عن أنسب القوانين للتطبيق على النسب الشرعي، ويمكن القول بأن الأمر لا يخرج عن فرضين، الفرض الأول: هو اتحاد جنسية الولد مع المراد الانتساب إليه من الأبوين (الأب أو الأم). وهنا لا خلاف في أنه سيطبق قانون جنسيتهما المشتركة.

أما الفرض الثاني فيتمثل في اختلاف جنسيتهما، ولكن قبل الحديث عن هذا الفرض نجد أن التشريعات المقارنة اتخذت عدة حلول يمكن إجمالها في الآتي:

أولاً: تطبيق القانون الشخصي للابن:

يذهب هذا الرأي إلى تطبيق القانون الشخصي للولد المراد إثبات نسبه، دون النظر لجنسه ذكر أم أنثى. فالبنوة هي من مسائل الحالة، فهي بالذات من مسائل حالة الابن فتخضع لقانونه الشخصي، فهي تتصل بمصلحة الابن أولاً لأنه الطرف الضعيف في هذه العلاقة[١]. ولكن في المقابل نجد رأي آخر يرد علي هذه الحجة بقوله بأن أبوة الابن هي أيضًا من مسائل حالة الأب، أيضًا أن البنوة رابطة قانونية بين الولد وأبيه وأمه وتنجم عنها حقوق والتزامات متبادلة، ولكل من الطرفين مصلحة فيها لذا لا تصح التضحية بمصلحة شخص لحساب شخص آخر[٢].

---

(1) L.HARRIS, The Basis for Legal Parentage and The Clash between Custody and Child Support, See at, https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/pdf/vol42p611.pdf, 10-8-2014.

(٢) د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦، ص ٣٢٣.

ولا محل هنا للاعتداد بجنسية الوالدين، لأن اعتبارات حماية الولد بدنيًا وروحيًا، تعلو على حجة الرأي القائل بضرورة تنظيم الروابط العائلية واتصال ذلك بدورها في الأسرة، وهذا كان ترجيح اختيار القانون الشخصي بوصفه قادرًا على تحقيق هذه الاعتبارات(١). ومن التشريعات التي أخذت بهذا الرأي، القانون التشيكوسلوفاكي الصادر عام ١٩٦٣ في مادته ٢٣، والقانون الألماني الصادر عام ١٩٦٥ في مادته ١٨(٢).

والسؤال ما هو المقصود بالقانون الشخصي للابن المراد إثبات نسبه؟

يراد به قانون الدولة التي يكون بها محل الإقامة العادية للابن(٣). وهو ما أخذت به المادة ٦٨ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام ١٩٨٧(٤).

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجًا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، ص٨٧٣.

(2) For more Details, See at,
http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20в%20ред.%202007%20%28англ.%29.pdf

(3)L.SILBERMAN, The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents, A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga, See at, https://www.law.ou.edu/sites/default/files/files/OU_LAW_ADMIN/07%20silberman%20article%20blu4.pdf, 8-10-2014.

(4)K.SAARLOOS, European Private International Law on Legal Parentage, Thoughts on a European Instrument Implementing, The Principle Of Mutual Recognition in Legal Parentage, Degree of Doctor, Maastricht University, 2010, P.156.

ثانياً: تطبيق القانون الشخصي للأم:

ذهب هذا الرأي إلى إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوى المتعلقة بالنسب[١]، كما إنه من النادر أن تكون مجهولة بخلاف الوضع في حالة الأب. وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الفرنسي بعد تعديل عام ١٩٧٢[٢].

فقد اعتد المشرع الفرنسي بقانون جنسية الأم وقت الميلاد، علي أساس أهمية دور الأم في العلاقات الأسرية، بالإضافة لكون الأم معروفة بخلاف الأب. كذلك تطبيق قانون الأم يضمن تطبيق القانون الفرنسي في أغلب الحالات المعروضة علي القضاء. فالإحصائيات تكشف عن أن المرأة المتزوجة من فرنسي ـ في الغالب ـ تكتسب الجنسية الفرنسية، في حين أن الفرنسية المتزوجة من أجنبي تبقي محتفظة بجنسيتها الفرنسية[٣].

والعبرة هنا بقانون جنسية الدولة التي تنتمي لها الأم وقت ميلاد الابن[٤]، ويستند هذا الرأي إلى حجة مؤداها أن هذا الحل يؤدي إلى توحيد القانون الواجب التطبيق إذا تعدد الأبناء، واختلفت جنسياتهم عن جنسية أمهم، وهو ذات ما يحدث عند

---

(1)K.SAARLOOS, P.R., P.129.

(2) H.WISE & L.AMON, Paternity Suits under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf, 2-10-2014.

(3) BOUREL(P.) et les autres, Droit International Privé, Dalloz, Paris, 10e édition, 2013, P.262.

(4) L.SILBERMAN, P.R., P.12.

حدوث تنازع قوانين في مجال إثبات النسب غير الشرعي، ففي الحالتين يسري قانون دولة الأم[١].

ويُضاف إلى هذه الحجج حجة أخرى هي أن هوية الأم مؤكدة بوصفها واقعة مادية، كما يكفل تطبيق قانون القاضي على كافة حالات النسب الناشئة عن العلاقات التي يكون أحد أطرافها وطنيًا. وقد أخذ بهذا الاتجاه بصفة أصلية القانون الفرنسي في مادته ٤/٣١١ من القانون المدني من خلال التعديل الصادر في ٣ يناير ١٩٧٢ حيث نصت المادة على "يحكم النسب القانون الشخصي للأم يوم ميلاد الولد، فإذا لم تكن الأم معروفة، فالقانون الشخصي للولد[٢]. ويلاحظ أن النص هنا لم يفرق بين إثبات النسب الشرعي والنسب غير الشرعي.

وقد آثر القانون الألماني تطبيق قانون الأم على نسب الطفل ولم يميز بين الطفل من الزواج الشرعي والطفل من خارج إطار الزواج[٣]. والحال كذلك في القانون الإيطالي فلا تمييز بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي، ومن ثم ينطبق القانون الوطني للأبوين أو لأي منها لحظة الميلاد. مما يعني أنه جعل الخيار للقاضي فله أن يطبق القانون الوطني لهما إن اتحدا في الجنسية أو لقانون الأب أو لقانون الأم[٤].

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٨٧٦.

(2)H.WISE & L.AMON, Paternity Suits under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf, 2-10-2014.

(3) K.SAARLOOS, P.R., P.165.

(4) F.PESCE, Diversity in a United World of Child Support, Country reports, Italy, See at, http://www.heidelberg-conference2013.de/tl_files/downloads-abstracts/abstracts-ab-3-3-2013/Abstract_PESCE.pdf, 12-10-2014.

ثالثاً: تطبيق القانون الشخصي للأب:

يخضع هذا الاتجاه النسب الشرعي، لقانون دولة الأب اعتباره هو السبب في وجود الابن، والأب هو رب الأسرة، بالإضافة إلى أن تطبيق هذا القانون يضمن وحده القانون واجب التطبيق إذا تعدد الأبناء. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الكويتي(١) والقطري(٢).

ولكن السؤال ما هو المقصود بقانون دولة الأب؟

ذهب القانون الأسباني في مادته ٤/٩ من القانون المدني إلى أن المقصود به هو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن(٣)، وذهب القانون الدولي الأمريكي إلي أن المقصود به قانون الدولة التي يتوطن بها الأب وقت ميلاد الابن(٤).

(١) حيث نصت المادة ٤١ من القانون الصادر ٥ لسنة ١٩٦١ علي أنه " يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها. وإذا مات الأب قبل الميلاد، سرى قانون جنسيته وقت الوفاة".

(٢) حيث نصت المادة من القانون المدني القطري علي أنه " يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها، وإذا مات الأب قبل الميلاد سرى قانون جنسيته وقت الوفاة".

(3)P.MOZOS, Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood, Yearbook of Private International Law, Vol.12, 2010, P.622.

(4)J.ESTER, Illegitimate Children and Conflict of Laws, Indiana Law Journal, Vol.36, Issue 2, 1961, P.164.

رابعاً: تطبيق القانون الشخصي للوالدين:

يخضع هذا الاتجاه البنوة الشرعية للقانون الشخصي للوالدين، باعتبار أن الابن المراد إثبات نسبه الشرعي هو نتاج علاقة الزوجية الصحيحة، والأمر يتصل بذلك العلاقة ووجودها، وتنظيم الأسرة.

ويقصد بقانون الدولة التي ينتمي إليها الوالدان بجنسيتهما إذا كانا متحدا الجنسية، القانون الذي كان يحملا جنسيته لحظة ميلاد الابن إذا كانت علاقة الزوجية مازالت قائمة بينهما، أو وقت انحلال هذه الرابطة إذا كانت عرى الزوجية قد انفصمت. وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص النمساوي في مادته ٢١ بصفة أصلية(١)، وبصفة احتياطية المادة ٢/٦٨ من القانون الدولي الخاص السويسري(٢).

وهو قانون الدولة التي يتوطن بها الوالدان، إن اختلفت جنسيتهما، وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص اليوغسلافي في مادته ٤٠(٣). وقد أخذ القانون الهولندي بقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت ولادة الطفل، فإن كانا مختلفا الجنسية فمكان إقامتهما المعتاد، فإن لم يكن لهما مكان إقامة معتادة فقانون محل إقامة الطفل(٤).

---

(1)K.SAARLOOS, P.R., P.282.

(2)C.SUMNER, Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report, See at, http://www.ejcl.org/111/art111-8.pdf, 12-11-2014.

(3)A Study of Legal Parentage and the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements, See at, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c_en.pdf, 3-6-2014.

(4)J.ESTER, P.R., P.167.

وذات الأمر جاءت به نصوص القانون المدني اليوناني فنصت على أن القانون الشخصي للأب والأم عند ولادة الطفل هو الواجب التطبيق على نسبه، ولكن عاد ليضع ضابطًا اختياريًا آخر وهو قانون الدولة التي تنظم العلاقة الخاصة بين أم الطفل وزوجها، إذا كان الزواج قد انتهى، نظرًا لاعتبار الزواج أثرًا من آثار هذا الزواج(١).

خامسا: تطبيق جنسية الأب والابن معًا:

ذهب هذا الاتجاه إلى القول بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب وقانون جنسية الابن معًا تطبيقًا جامعًا(٢). ويعاب علي هذا الرأي أنه يؤدي إلى تطبيق الأحكام المتفقة في القانون دون تلك المتعارضة مع أن المشكلة التي يتعين الخروج منها هي الأحكام المتعارضة(٣).

سادسًا: تطبيق القانون الأصلح للابن:

وفقًا لهذا الاتجاه يتعين إخضاع البنوة الشرعية إلى القانون الأكثر صلاحية لمصلحة طالب ثبوت نسبه، أي الذي يؤدي تطبيقه إلى تقرير ثبوت نسبه وشرعيته، لا نفيه أو إنكاره، سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة التي ينتمي لها الابن أم الأب أم الأم أم القانون الذي يحكم آثار الزواج(٤). ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه التشريع التونسي في المادة ٥٢ من القانون الدولي الخاص الصادر عام ١٩٩٨.

(1)I.SUMNER & M.VONK, National and International Surrogacy, An Odyssey, See at, https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/29180/ISFL%202011%20-%20Final.pdf?sequence=1, 5-7-2014.

(2)K.SAARLOOS, P.R., P.70.

(3)J.ESTER, P.R., P. 160.

(4)J.CHIANCONE and Others, Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents, See at, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/190105.pdf, 12-3-2014.

سابعاً: تطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج:

يري هذا الاتجاه أن النسب الشرعي يعد أثرًا من آثار الزواج، فيخضع لذات القانون الذي يحكم هذه الآثار. وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص التركي في مادته ١٥[١]، ومادام النسب الشرعي أثرًا للزواج تعين أن يحكمه القانون الذي يحكم هذه الروابط[٢].

وفي ضوء ما سبق يظهر سؤال مهم ما القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي في ضوء أحكام القانون المصري؟

في ضوء غياب النص التشريعي، اختلفت الآراء حول القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي، فذهب الرأي الأول إلى خضوع النسب الشرعي لقانون طالب الانتساب إليه[٣]، من الوالدين (الأب أو الأم). ويستند هذا الرأي إلى نص المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات المصري الصادر عام ١٩٤٩، وقد نصت المادة على أنه "ترفع الدعاوى بإثبات النسب وفقا للأحكام والشروط في المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور.

(1)A.CANYAŞ, An Analysis of Public Policy Intervention in the Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgments under Turkish Private International Law, International Journal of Humanities and Social Science, Vol.2, No.17, 2012, P.7.

(٢) د/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٣) د/ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

ويقدم الطلب إلى المحكمة الابتدائية التابع لها موطن المدعي".

يعني هذا أنه في حالة طلب ثبوت النسب الشرعي لولد من أبيه، فيسري قانون دولة الأب أو يسري قانون دولة الأم إن كان المطلوب هو تقرير ثبوت النسب من الأم.

ويرى جانب آخر من الفقه ـ وبحق ـ أنه يتعين تطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وهو قانون دولة الأب أو الزوج، ويستند هذا الرأي للحجج الآتية[١]:

١ـ رابطة الزوجية هي البداية الحقيقية لتكوين الأسرة، ولبناء هذه الأسرة لابد من ثبوت النسب. ويستند النسب الشرعي إلى وجود عقد زواج، ومن ثم يكون النسب أثرًا من آثار هذا الزواج[٢].

٢ـ هذا التحديد للقانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي، يتفق مع النظرة الشرقية لرب الأسرة المتمثل في الأب. ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى قانون الأم أو قانون الابن المراد ثبوت نسبه. فالبنوة الشرعية تمس مصلحة الأسرة التي تخضع لحماية الأب، فالأمر لا يتعلق فقط بمصلحة الأم أو الابن.

٣ـ تطبيق قانون دولة الأب يضمن وحده القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي لكافة الأبناء داخل الأسرة الواحدة.

٤ـ يتفق هذا الرأي مع المادة ٣١ من المشروع التمهيدي للقانون المدني. وهو ما يؤكد اتجاه المشرع المصري إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج.

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٨٧٨.

(٢) د/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

ولابد من التأكيد هنا أننا بإقرارنا للقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج على النسب الشرعي، فإننا يتعين علينا إعمال نص المادة ١٤ من القانون المدني من حيث تطبيق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج.

وإذا كان هذا هو الحال في إثبات النسب الشرعي، فما هو الوضع في النسب الغير شرعي؟ وهو الأمر الذي نجيب عليه في الصفحات التالية.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي

يُقصد به الابن الناتج من علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، وهنا لابد وأن نفرق بين فروض: الأول، الابن الناتج عن بنوة غير شرعية عادية، أي الناشئ عن علاقة بين رجل وامرأة ليسا زوجين، كان زواجهما باطلاً بطلانًا مطلقًا على سبيل المثال، وسُمي الولد في هذه الحالة ولدًا طبيعيًا. وثانيها إذا كان الولد ناتج عن الزنا، الذي وقع بين امرأة ورجل يرتبط أحدهما بعلاقة زوجية بغيره، يسمى هذا الطفل هنا طفل زنا. وثالثها الطفل الناتج عن تلقيح صناعي لامرأة دون زواج.

ولا تفرق الشريعة الإسلامية الغراء بين طفل الزنا والطفل الطبيعي، فكلاهما طفل زنا، فهي بنوة غير شرعية أيًا كان مصدرها، ورغم ذلك فالقوانين الأجنبية تعترف بها، وترتب عليها آثار قانونية من بينها النسب والإرث وغيرها.

ولابد وأن نوضح هنا أن بيان القانون الواجب التطبيق قاصر على العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي، واختلفت جنسية الأطراف. وقد تباينت التشريعات المقارنة حول تحديد القانون الواجب على النسب غير الشرعي، فمن بينها ما أقرت بتطبيق

قانون من يراد الانتساب إليه، بينما ذهب جانب آخر إلى تطبيق قانون الولد طالب الانتساب، ورأى قانون آخر إلى تطبيق القانون الأصلح للولد (الابن).

أولاً: تطبيق قانون الولد (الابن):

ذهب هذا الرأي إلى ترجيح تطبيق القانون الشخصي للابن، واستند هذا الرأي إلى حجج عدة من بينها، أن البغية الأساسية لتحديد القانون الواجب التطبيق هو حماية الولد وإثبات مدى حقه في النفقة اللازمة لاستمرار حياته. كما أن إثبات نسبه يتعلق بتحديد مركزه وحالته القانونية، وتوفير الحماية القانونية له. بالإضافة إلى أن هذا الولد لديه صعوبة في استحالة المفاضلة أو الاختيار بين القانون الشخصي لأي من الوالدين(١).

ومن أهم التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، القانون الدولي الخاص السويسري في مادته ٦٨ الصادر عام ١٩٨٧ إلا أنه أقر هنا بقانون دولة محل الإقامة العادية للابن، بينما اعتبر القانون الدولي الخاص النمساوي أن المقصود هو قانون جنسية الولد في مادته ١/٢٥ الصادر عام ١٩٧٩. كذلك أخذ به القانون الفرنسي بوصفه ضابط احتياطي في حالة غياب الأم أو كونها غير مجهولة.

ثانياً: تطبيق قانون الموطن المشترك للوالدين والولد:

وهو ما أخذ به القانون المدني البيروني الصادر عام ١٩٨٤ في مادة ٢٠٨٤، إلا أن هذا القانون يواجه صعوبة في حالة اختلاف موطنهم المشترك، وهو ما يتصور

(1) J.RIBA, Principles and Prospects for a European System of Child Protection, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, 2010, P.13.

حدوثه عملاً. وهو ذات ما أقرته القواعد القانونية في العديد من الدول الأوربية، وكذلك برتوكول لاهاي الصادر في ٢ أكتوبر ١٩٧١[١].

ثالثاً: تطبيق القانون الوطني للأم:

وقد أخذ بهذا الرأي القانون المدني الألماني في مادته ١/٢٠[٢]، وكذا بصفة احتياطية القانون الأسباني الصادر في مادته ٤/٩. وكذلك الحال في القانون الهولندي. ويستند هذا الرأي إلي سهولة إثبات نسب الصغير من أمه، ومن ثم التعرف علي جنسيتها، وإلحاق نسب الصغير بها بناءً علي قانونها الوطني. والمقصود بقانون الأم الوطني هو قانون جنسيتها[٣].

رابعاً: تطبيق القانون الأصلح للولد:

أقر هذا الاتجاه إلى تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لمصلحة الابن، ولا يحول تطبيق هذا القانون إلا تعارضه مع فكرة النظام العام. فتطبيق قانون الابن على سبيل المثال يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الابن باعتباره لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية، والواقع أن عددًا من التشريعات الأجنبية تفسح مجالاً واسعًا للبنوة غير الشرعية، وهناك تشريعات لم تعد تفرق بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية كما في التشريع الفرنسي[٤]. وهو ما أخذت به المحاكم الفرنسية في بعض أحكامها عندما

(1)A.DOUGA & V.KOUMPLI, Cross-border maintenance obligations in Europe: the EU Maintenance Regulation, See at, http://www.hiifl.gr/wp-content/uploads/DOUGKA.PDF, 12-3-2013.

(2)Overview of German Adoption Law, See at, http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf, 2-6-2013.

(3)J.RIBA, P.R, P.14.

(4)BOUREL(P.) Op.Cit., P.263.

استبعدت القانون الجزائري رغم كونه القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون الأم، استنادًا إلي أن القانون الجزائري لا يقر بالبنوة الغير شرعية. ومن ثم فإن المحكمة اتجهت إلي تطبيق القانون الأصلح للولد(١).

خامساً: قانون جنسية من يراد الانتساب إليه:

ذهب هذا الرأي - بحق - إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه سواء أكان الأب أم الأم، ذلك أن طبيعة البنوة غير الشرعية تفترض قصر الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر من جهة، ومن جهة أخرى أن المقصود بالبنوة الطبيعية أولاً وأخيرًا إلحاق الولد بوالده قانونًا، وهو ما يرتب آثارًا على عاتق المنتسب إليه، فهي تفرض عليه واجبات من أهمها رعاية الولد. بالإضافة إلى أن الأمر يمس بمركز الأسرة التي ينتمي إليها الولد(٢).

يبقى أن نبين هنا أننا نميل إلى تطبيق قانون الأم، فإذا سلمنا سابقًا بأن القانون الواجب التطبيق على البنوة (النسب الشرعي)، هو قانون آثار الزواج، وقد ذهبت غالبية التشريعات إلى تطبيق قانون جنسية الزوج بوصفه القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، إلا أننا نرى أن نعتد بقانون جنسية الأم، فالنسبة للأم مسألة واقع، فالأم في الغالب معروفة بخلاف الأب وفي حالة غياب الأم أو عدم معرفتها فالأنسب هو تطبيق قانون الابن، وهو الأمر الذي أخذ به القانون الفرنسي.

---

(1)ROQUES (L.), La politisation du droit de la nationalité, Voir à, http://www.gisti.org/spip.php?article4426, 2-12-2010.

(2)A.DOUGA & V.KOUMPLI, Cross-border maintenance obligations in Europe: the EU Maintenance Regulation, See at, http://www.hiifl.gr/wp-content/uploads/DOUGKA.PDF, 12-3-2013.

ولابد وأن نؤكد هنا أن القانون المصري قد خلي من أي قاعدة إسناد خاصة بالنسب غير الشرعي كما في النسب الشرعي، إلا أن القارئ لنصوص الأعمال التحضيرية للقانون المدني، يجد أنها قد ألقت الاختصاص على عاتق القانون الوطني للابن، فقد نصت المادة ٣٢ من المشروع التمهيدي على أنه "يسري قانون الولد على المسائل الخاصة بإثبات البنوة الطبيعية وبما يترتب عليها من آثار". واستند هذا الرأي إلى اعتبارات عدة، ومن بينها أن هذه البنوة غير الشرعية تفرض الاعتبارات العملية اختصاص قانون الأم بها، وأهم جانب في هذه البنوة هو علاقة الأم بالولد الطبيعي، إلا أنه في حالة عدم وجود الأم فالأنسب هو تطبيق قانون الولد(١).

ورغم هذا فإن المتأمل لنصوص قانون المرافعات الخاصة بمسائل الإجراءات في مواد الأحوال الشخصية للأجانب، يجد أنها نصت على اختصاص قانون من يطلب ثبوت النسب نحوه، الأب أو الأم، وهو ما يظهر من نص المادة ١/٩٠٥، حيث نصت على أنه "ترفع الدعاوى بإثبات النسب وفقا للأحكام والشروط في المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور". هذا النص لا يتضمن في الحقيقة قاعدة إسناد بالمعنى الفني، إلا أنه أخرج من اختصاص قانون القاضي، المسائل المتعلقة بقواعد وأحكام إثبات البنوة أو النسب، فهي من مسائل الموضوع وليس من مسائل الإجراءات، ومن ثم لا تخضع لقانون القاضي، بل تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع. ولهذا إذا كان الأمر يتعلق بثبوت البنوة الطبيعية من جهة الأم، فيكون القانون الواجب التطبيق هو

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٨٩٣.

قانون الدولة التي تنتمي إليها الأم، وإذا كان المراد ثبوت تلك البنوة من جهة الأب، فيكون القانون المختص هو قانون دولة الأب[١].

وإذا كان الحال هكذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على ثبوت وإثبات النسب، وطرق وأدلة الإثبات، وأيضًا دعوى إنكار النسب وغيرها، ولكن السؤال المهم ما هو القانون الواجب التطبيق على آثار النسب؟

نرى أنه من الأفضل تطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار النسب والنسب غير الشرعي وهو قانون دولة الأم، فيختص هذا القانون بكل مسائل النسب غير الشرعي وآثاره. ويبقى أن نبين هنا أنه يقصد به قانون دولة الأم عند رفع دعوى إثبات النسب أو إنكاره أو تصحيحه.

ورغم هذا يتعين علينا أن نبين هنا أن النسب غير الشرعي نظام لا يعرفه القانون المصري، فالشريعة الإسلامية تحرم العلاقات الجنسية خارج نطاق علاقة الزوجية، ولا ترتب عليها أي أثر، بل تجرمها، ولا يثبت بها نسب، وذلك لقوله ﷺ "الولد للفراش وللعاهر الحجر". إلا أن القاضي المصري لا يتعين عليه استبعاد القانون الأجنبي إلا إذا ترتب على تطبيقه مساس بحقوق الوالدين والأبناء المسلمين. ومن هذا عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يجيز إثبات النسب غير الشرعي لولد من أمه التي أتت به من رجل محرم عليها كابنها مثلاً، حتى ولو كانت الأم غير مسلمة، وكذلك استبعاده في حالة جواز إثبات النسب غير الشرعي بين المسلمين.

ولكن إذا كنا قد آثرنا تطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج على النسب الشرعي بوصفه أهم أثر من آثار الزواج. فيبقى أن نؤكد أن قانون دولة القاضي

(١) د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

يظل حاكمًا لكافة المسائل الأخرى، ومن بينها تحديد المحكمة المختصة بدعوى النسب، وإجراءات رفعها وغيرها من الأمور الإجرائية الخاصة بسير الدعوى أمام القضاء الوطني.

ويتفق هذا مع نص المادة ٩٠٦ من قانون المرافعات المصري التي نصت على أنه "يتبع في قبول دعوى إنكار النسب وإثباتها والمواعيد التي ترفع فيها والآثار التي تترتب عليها القواعد والأحكام التي يقررها قانون البلد الواجب التطبيق".

والسؤال الآن ما هي أهم القضايا التي يثيرها النسب الشرعي، وهل يقتصر الأمر على ثبوته فقط، أم أن هناك أمور أخرى لابد من البحث فيها في أثناء البحث عن بنوته؟ وما هو نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق علي النسب؟

المطلب الثالث

نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق

بينا في المطلب السابق أن القانون الواجب التطبيق وفقًا لما رجحناه هو قانون جنسية الزوج (الأب) بوصفه القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، وذلك وفقًا للقانون المصري. ولابد من التنويه هنا أنه في ضوء قواعد وتوجيهات الاتحاد الأوربي الصادرة عام ٢٠٠٣، والتي جعلت من حق طرفي عقد الزواج اختيار القانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره، ومن ثم سيمتد هذا القانون إلى النسب الشرعي خاصة في ظل غياب النص التشريعي في بعض التشريعات الأوروبية المقارنة[1].

(1)E.RITAINE, Harmonising European Private International Law, A Replay of Hannibal's Crossing of the Alps?, International Journal of Legal Information the Official Journal of the International Association of Law Libraries, Vol.34, Issue2, 2006, P.420.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى قصر نطاق قانون جنسية الأب (القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج)، على حكم مسألة ثبوت النسب أو إنكاره أو تصحيحه[١]. وهو ما مال إليه جانب من الفقه الفرنسي في تفسيره للمادة ١٤/٣١١ مدني، والذي ينص على أن القانون الذي يحكم ثبوت النسب (قانون الأم) لا يمتد إلى آثار النسب، الذي يظل خاضعًا للقاعدة التقليدية، وهو القانون الذي يحكم آثار الزواج[٢]. أي أن هذا الرأي يفرق بين القانون الذي يحكم إثبات النسب الشرعي والقانون الذي يحكم آثار النسب، ويتفق هذا الرأي مع ما أخذت به المادة ٢٤ من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في عام ١٩٧٩.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على تصحيح النسب:

يُقصد بتصحيح النسب استخدام وسيلة قانونية بغية تصحيح نسب الولد غير الشرعي ليصبح ولدًا شرعيًا، وهو ما أقرته بعض الاتفاقيات الدولية، وما نصت عليه اتفاقية روما المبرمة في عام ١٩٧٠ المتعلقة بتصحيح النسب بالزواج[٣]. كما عرفته بعض التشريعات المقارنة المتأثرة بالقواعد الواردة في القانون الكنسي، ويكون

(1)M.PARKE, Are Married Parents Really Better for Children?, What Research Says About the Effects of Family Structure on Child Well-Being, See at, http://www.clasp.org/resources-and-publications/states/0086.pdf, 2-9-2013.

(2)H.WISE & L.AMON, Paternity Suits Under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf, 2-5-2014.

(3)Convention on Legitimation by Marriage, Rome Convention 1970, See at, http://ciec1.org/Conventions/Conv12Angl.pdf.

تصحيح النسب بعدة طرق من بينها الاعتراف، الإقرار بالبنوة، أو بالزواج اللاحق لحمل أو ميلاد الولد بين والديه [١].

وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الواجب التطبيق علي تصحيح النسب، وسوف نقصر حديثنا هنا علي القانون الواجب التطبيق علي تصحيح النسب بالزواج اللاحق.

أ - تطبيق القانون الشخصي للابن (قانون جنسية الابن).

يذهب هذا الاتجاه إلى تطبيق القانون الشخصي للابن بوصفه أكثر اتصالاً به، ولا يثير أي مشاكل عملية في مجال تطبيقه كما هو الحال في القانون التركي، حيث نصت عليه المادة ١٦ من القانون المدني التركي عليه بوصفه القانون ذا الاختصاص الاحتياطي. وكذلك نصت عليه المادة ١٦/٣١١ من القانون المدني الفرنسي بوصفه من ضوابط الإسناد الاختيارية[٢].

ب- تطبيق القانون الأصلح للابن:

حاول هذا الاتجاه مراعاة مصلحة طالب الانتساب، ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص النمساوي على سبيل الاحتياط، وكذلك القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي[٣].

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص ٨٨٣.

(2) M.SCOTT, P.R., P.3.

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٨٩٣.

ج- تطبيق القانون الشخصي للوالدين:

وفقًا لهذا الاتجاه يخضع تصحيح النسب بالزواج اللاحق للقانون الوطني للوالدين. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص النمساوي، حيث نصت المادة ٢٢ على أنه "يحكم شروط تصحيح نسب الولد غير الشرعي بالزواج اللاحق القانون الشخصي للوالدين، وفي حالة اختلاف جنسية الوالدين، يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأكثر صلاحية لتصحيح نسب الولد"، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الفرنسي في مادته ١٦/٣١١ من القانون المدني على سبيل التخيير(١).

د- تطبيق القانون الشخصي للأب:

يذهب هذا الاتجاه إلى إخضاع تصحيح النسب بالزواج اللاحق للقانون الشخصي للأب. ويُقصد به قانون الدولة التي ينتمي إليها الأب لجنسيته وقت رفع دعوى التصحيح، كما هو الحال في المادة ١٦ من القانون الدولي الخاص التركي(٢). ولكن القانون الإنجليزي والأمريكي والاسترالي ذهب إلى أن المقصود به هو قانون دولة موطن الأب(٣).

(1)H.WISE & L.AMON, Paternity Suits Under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf,2-5-2014.

(2)J.RIBA, P.R., P.15.

(3)E.RITAINE, P.R., P.422..

هـ- **تطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج**:

ذهب هذا الاتجاه إلى إخضاع تصحيح النسب السابق على الزواج لذات القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص الألماني الصادر في مادته ١/٢١[١].

ولقد أيد جانب من الفقه المصري هذا الاتجاه، مستندًا إلى أن مصدر صيرورة الابن شرعيًا هو الزواج الذي تم بين والديه بعد الحمل فيه أو بعد ولادته، فالتحول في حالة الابن هو أثر من آثار الزواج، وكانت البغية الحقيقية من وراء هذا الزواج هو إصلاح وضع الابن ووضعه في المكان الصحيح الذي كان سيتحقق له لو أنه قد ولد في ضوء هذا الزواج. بالإضافة إلى أن تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج يضمن عدم تعدد القوانين في حالة تعدد الأبناء المراد تصحيح نسبهم بالزواج اللاحق لوالديهم، وهو الأمر الذي يؤكده نص المادة ١٥ من المشروع الثاني للقانون المدني المصري[٢].

ولكن السؤال المهم ما هو الوضع في القانون المصري؟ هل سيقبل القاضي المصري دعوى تصحيح نسب وقبوله لتحول صفة الولد من الابن غير الشرعي لابن شرعي؟

يمكننا القول بأنه إذا كان طرفي العلاقة غير مصريين فلا مشكلة في هذا فيسري في خصوص تصحيح النسب بالزواج القانون الذي يحكم آثار الزواج للأسباب المبينة آنفًا. فيسري هذا القانون على الشروط الموضوعية للتصحيح بالزواج، ومنها قيام زواج صحيح، ومنها الإقرار أو الاعتراف ببنوة الولد قبل الزواج وبعده.

---

(1) K.SAARLOOS, P.R., P.25.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٨٨٥ وما بعدها.

ولكن إذا كان أحد أطراف العلاقة مصري فهنا تبزغ فكرة النظام العام فهذا الطفل نتاج علاقة آثمة، ومن ثم ما بني على باطل يبقى باطلاً، ولا يجوز نسبته لأبويه لتعارض هذا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على آثار النسب:

يختص القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج على ثبوت النسب، ولكن السؤال هل يمتد هذا القانون ليحكم كذلك آثار النسب؟

يعد من أهم هذه الآثار فكرة الولاية على الصغير، وغيرها من الحقوق والواجبات المتبادلة في نطاق الأسرة والناتجة من إثبات نسب الولد لأبويه. وهذه الآثار بطبيعة الحال تدخل في نطاق ذات القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب. مع مراعاة خروج غيرها من الآثار التي أورد لها المشرع نصوصًا خاصة في نطاق قواعد تنازع القوانين، ومنها على سبيل المثال لا الحصر حضانة الصغير، والنفقة والإرث وغيرها.

من العرض السابق نجد أننا قد أثرنا تطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج على النسب الشرعي، وهو في غالبية التشريعات قانون جنسية الزوج (الأب)، ولكن السؤال حول الوقت الذي يتعين فيه الاعتداد بجنسية الأب، وهنا يتعين التفرقة بين عدة فرضين:

الفرض الأول: لا تثار مشكلة إذا لم يطرأ تغيير على جنسية الأب حتى رفع دعوى ثبوت النسب أو إنكاره أو تصحيحه.

الفرض الثاني: حالة تغيير جنسية الأب، فهل يعتد بجنسيته عند الزواج أم عند رفع دعوى إثبات النسب. ونحن نري أن العبرة هي بجنسية الأب وقت إبرام

الزواج، ونستند في هذا لنص المادة ١/١٣ من القانون المدني المصري التي بينت أن القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج.

وذهب جانب آخر من الفقهاء - وبحق - إلى الاعتداد بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن، ويستند هذا الرأي إلى عدة حجج يمكن إجمالها في الآتي[١]:

١- أن النسب من حيث الواقع يعتمد على جنسية الوالدين وقت الميلاد، وهو الأمر ذاته في حالة نقل الجنسية للأبناء.

٢- مشكلة النسب من حيث الواقع لا تثور إلا بحدوث الميلاد، ويتفق هذا ما الراجح في الفقه المقارن فقد أخذ بهذا الرأي القانون الألماني والسويسري[٢].

٣- كما أنه في حالة انفصام عرى الزوجية أو وفاة الأب أثناء حمل الأم وقبل ميلاده، فالعبرة بقانون جنسية الأب وقت انحلال الزواج أو وقت الوفاة وهو ما أخذ به القانون النمساوي[٣]. وفي حالة دعوى تصحيح النسب بالزواج اللاحق، وحيث يسري قانون جنسية الأب، فالعبرة بجنسية ذلك الأب وقت التصحيح، أي وقت إبرام الزواج.

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٨٨٨.

(2) K.SAARLOOS, P.R., P.22.

(3) K.SAARLOOS, P.R., P.282.

ثالثاً: الدفع بالنظام العام وإثبات النسب:

تنص المادة ٢٨ من القانون المدني المصري على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر".

يعد النص السابق تطبيق لمبدأ استقرت عليه الأنظمة القانونية المقارنة فنجد ذات النص يلقى بظلاله على التشريعات المقارنة(١).

ولقد حرصت قواعد تنازع القوانين المقارنة على اختيار القانون الأنسب لفض المنازعات، ولهذا سمحت التشريعات المقارنة بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، إلا أن هذا لا يعني أن يتم التطبيق دون قيود أو شروط(٢).

ويعد تطبيق النظام العام في مجال الأحوال الشخصية من أكثر المجالات أهمية، والنسب يعد من أهمها، فالنسب من المسائل الحساسة في هذا المجال. ولهذا تزداد أهمية النظام العام في إثبات النسب تعظم أكثر من المجالات الأخرى، لأنها رابطة لها أسس خلقية ودينية، قبل أن تكون قانونية. ومن ثم فإن الطابع الديني أو العلماني للنسب في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له، ويوسع من دائرة إعمال النظام العام.

---

(1) R.LANGE, The European Public Order, constitutional Principles and Fundamental Rights, Erasmus Law Review, Vol.1, Issue1, 2007, P.3.

(٢) د/ هشام صادق ود/ حفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٩٥.

وقد عرضنا في الصفحات القليلة القادمة للقانون المصري، وبينا أنه لا يعرف سوي النسب الشرعي، ومن ثم لا يعترف بالنسب غير الشرعي ونظام التبني. فمسائل الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية التي ترفض جميع العلاقات الخارجة عن الإطار الشرعي، منعًا لاختلاط الأنساب والحفاظ عليه من الفساد.

ومسألة النسب الطبيعي هي التي تثير أكبر الصعوبات للتناقض الموجود بين الدول، فمصر علي سبيل المثال دولة لها طابع ديني، ومن ثم سيرفض قضائها أي طلب بإثبات نسب طفل غير شرعي، ولا عبرة هنا لكونه نتاج علاقة جنسية بين امرأة ورجل أو حتى من زواج بين مثليين (امرأتان تم تلقيح إحداهما بمني رجل من أحد بنوك الإخصاب) [1]. فالقاضي المصري سوف يرفض بكل قطع أي طلب لإثبات نسب ابن نتج

(١) لابد وان نوضح هنا أن زواج المثليين أصبح له طابع الشرعية، فمع فرنسا أصبح زواج مثلي الجنس مشروعًا في ١٤ دولة معظمها تسمح أيضًا للمثليين بتبني أطفال.

هولندا: بعد أن اعتمدت شراكة مفتوحة للمثليين عام ١٩٩٨ كانت هولندا أول بلد يقر الزواج المدني لمثليي الجنس في ٢٠٠١. ولمثليي الجنس في هذا البلد نفس التزامات وحقوق الأزواج العاديين ومن بينها الحق في تبني أطفال.

بلجيكا: زواج المثليين مسموح به في هذا البلد منذ ٢٠٠٣. وللزوجين المثليين نفس حقوق الزوجين المختلفي الجنس إلا في مجال التناسل. وفي عام ٢٠٠٦ حصلوا على حق التبني.

إسبانيا: تم تشريع زواج المثليين في ٢٠٠٥. ويمكن أيضًا لهؤلاء سواء كانوا متزوجين أم لا تبني أطفال.

كندا: دخل قانون زواج المثليين والتبني حيز التنفيذ في ٢٠٠٥. وكانت معظم الأقاليم الكندية تسمح بالفعل بزواج مثليي الجنس.

جنوب أفريقيا: أصبحت جنوب أفريقيا في ٢٠٠٦ أول بلد أفريقي يسمح لشخصين من الجنس نفسه بـ"الزواج" أو "المشاركة المدنية". ويمكن أيضًا لهؤلاء تبني الأطفال.

النرويج: صدر في ٢٠٠٩ قانون يساوي بين المثليين والمغايرين جنسيا في الزواج والتبني وأيضًا في المساعدة على الإنجاب. وكان هذا البلد يسمح بالشراكة المدنية منذ ١٩٩٣.

أسوج: يسمح هذا البلد منذ ٢٠٠٩ للمثليين بالزواج المدني أو الديني. وكان مسموح لهم منذ عام ١٩٩٥ بالارتباط بـ"شراكة". ويسمح للجميع بالتبني منذ ٢٠٠٣.

البرتغال: عدل قانون صدر في ٢٠١٠ تعريف الزواج ملغيًا الإشارة إلى "اختلاف الجنس". لكنه لا يسمح للمثليين بالتبني. =

من علاقة جنسية خارج إطار الزواج. كما أنه سيرفض أي تطبيق لقانون يقر مثل هذه العلاقات كما هو الحال في استبعاد القانون البلجيكي الذي يقر زواج المثليين أو القانون الفرنسي الذي يقر نسب الأطفال غير الشرعيين. ولهذا نجد مسألة البنوة غير الشرعية هي التي تشكل المساحة الأكبر للدفع بالنظام العام في مسائل إثبات النسب.

وإذا كان الحال كذلك في القوانين التي نستند لمرجعية دينية كما هو الحال في القانون المصري، فما هو الحال في القوانين العلمانية، وهل تجيز تطبيق القوانين التي تستند لأصل ديني؟

المتأمل للوضع في القانون الفرنسي يجد القضاء الفرنسي استبعد تطبيق القوانين الإسلامية حتى لو كانت هي الواجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي تطبيقًا لمبدأ المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي في الحقوق. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية باستبعاد القانون المغربي الواجب التطبيق لأنه يمنع إثبات

= أيسلندا: دخل القانون الذي يشرع زواج المثليين حيز التنفيذ في ٢٠١٠. وكان مسموحًا منذ عام ١٩٩٦ بارتباط المثليين لكن لم يكن يسمى زواجًا. ويسمح لهؤلاء بالتبني منذ ٢٠٠٦. الأرجنتين: في ٢٠١٠ أصبحت الأرجنتين أول دولة في أميركا اللاتينية تسمح بزواج المثليين الذين يتمتعون بنفس حقوق الأزواج العاديين ومنها التبني.

الدنمارك: أول بلد في العالم سمح بالارتباط المدني للمثليين عام ١٩٨٩ وفي ٢٠١٢ سمح لهم بالزواج في كنيسة الدولة اللوثرية.

الأوروجواي: أصبحت الأوروجواي في ٢٠١٣ ثاني بلد في أميركا اللاتينية يسمح بزواج المثليين.

نيوزيلاند: أقر النواب في نيسان ٢٠١٣ زواج المثليين بعد أكثر من ربع قرن على عدم تجريم المثلية الجنسية عام ١٩٨٦. وتسمح نيوزيلاند للمثليين بالارتباط المدني منذ ٢٠٠٥.

وفي البرازيل سمح مجلس القضاء الوطني عمليًا بزواج المثليين مستبقًا البرلمان الذي يتلكأ منذ سنوات في اتخاذ موقف في هذا الشأن. وتسمح بلدان أخرى بزواج المثليين في أجزاء فقط من أراضيها مثل المكسيك في العاصمة الفدرالية مكسيكو والولايات المتحدة.

النسب خارج الزواج، وإحلال القانون الفرنسي محله الذي يجيز هذا الإثبات للطفل المقيم بصورة معتادة في فرنسا، والذي له جنسية فرنسية متمتعًا بها عن طريق أمه، وذلك كي يتمكن الطفل من إثبات نسبه تجاه والده الطبيعي. ويبرر جانب من الفقه هذا الاتجاه من القضاء الفرنسي بأنه سعي نحو حماية الطفل وإعلاء مصلحته[١].

إلا أن محكمة النقض الفرنسية رغم هذا ما لبث أن أكدت علي أن الدفع بالنظام العام لاستبعاد القوانين الإسلامية له ضابط موضوعي وضابط إجرائي، فاشترطت لاستبعاد قانون الأم المتمتعة بالجنسية الجزائرية، والذي لا يعرف نسب الطفل الشرعي أن تكون الطفلة (طالبة الانتساب) متمتعة بالجنسية الفرنسية أو مقيمة علي الأراضي الفرنسية. ومن ثم ونتيجة لذلك رفضت المحكمة طلب الأم باستبعاد تطبيق القانون الجزائري[٢].

يبقى أن نؤكد في النهاية على فكرة النظام العام، وحق القاضي في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا وجد تعارض بينه وبين النظام العام الداخلي، كما لو حرم الولد من إثبات نسبه أو إعفاء الأب من النفقة أو رعاية الأبناء.

(1)http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030229, 10-2-2012.

(2)https://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/penale_2006_8476.html, 13-4-2012.

الخاتمة

عرضنا في خلال دراستنا للقانون الواجب التطبيق علي إثبات النسب من خلال بيان وسائل إثبات النسب في القانون المصري، ثم بينا القانون الواجب التطبيق في القانون المصري والتشريعات المقارنة. ويمكننا القول بأنه تعد مسألة إثبات النسب من المسائل الشائكة علي الصعيدين الوطني والدولي.

والمتأمل لقواعد النسب في القانون المصري يجد أنه لم يعرف إلا إثبات النسب الشرعي الناتج عن علاقة الزوجية. وإلي جانب هذا وسدًا للذرائع أقر بصحة النسب الناشئ عن زواج فاسد أو وطء بشبهة. كما أقر بإمكانية إثبات النسب من خلال وسائل عدة من بينها الإقرار والبينة، وكذا الوسائل العلمية الحديثة. وعلي الجانب الآخر لم يعرف القانون المصري إثبات النسب بالنسبة للطفل غير الشرعي.

وعلي صعيد قواعد تنازع القوانين خلي القانون المصري من أي قاعدة إسناد خاصة بالقانون الواجب التطبيق علي إثبات النسب، وفي ضوء غياب النص التشريعي لا نجد غضاضة في تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج بوصف النسب أثرًا من أثار الزواج. وفي حالة كون أحد الزوجين مصريًا يطبق القانون المصري. وفي حالة جهالة الأب أو انعدام جنسيته يتم تطبيق قانون جنسية الأم. ويطبق القانون المصري في حالة اللقيط المولود علي الأراضي المصرية.

كما بينا في النهاية الدور المهم للدفع بالنظام العام في القانون المصري في استبعاد القانون الأجنبي في حالة مخالفته للأسس القانونية والدينية والأخلاقية لقانون دولة القاضي، وذلك نظرًا لارتباط النسب في القانون المصري والقوانين المرتكنة إلي أسس دينية كما في البلدان الإسلامية لقواعد الشريعة الإسلامية التي تحظر إثبات نسب طفل الزنا.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع القانونية:

أ- المراجع العامة:

١. د/ أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، ١٩٨٤.

٢. د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجًا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى.

٣. د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦.

٤. د/ هشام صادق ود/ حفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٩.

ب - المراجع المتخصصة:

٥. د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولي، ١٩٩٩.

٦. د/ أحمد أحمد، النسب في الشريعة والقانون، دار العلوم، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣.

٧. د/ أحمد نصر الجندي، محكمة الأسرة واختصاصها، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥.

٨. د/ أحمد نصر الدين الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣.

٩. د/ حافظ محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، دار القبة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣.

١٠.د/ حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج بين الآراء الفقهية وأحكام القضاء، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، الطلعة الأولي، ١٩٨٧.

١١.د/ رمضان علي الشرنباصى، أحكام الأسرة في الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١.

١٢.د/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨.

١٣.د/ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولي، ١٩٨٤.

١٤.د/ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠.

١٥.د/ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠١١.

١٦.موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠.

ج ـ الأبحاث وأوراق العمل:

١٧.د/ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها علي الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٨.د/ عبد العزيز مخيمر، اتفاقية حقوق الطفل خطوة للأمام أم إلى الوراء، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، العدد، ١٩٩٣.

١٩.د/ منصور حسن منصور، الولد للفراش والبصمة الوراثية، مجلة الأزهر، الجزء ١١، السنة ٧٩، ٢٠٠٦.

ثانياً: **المراجع الشرعية**:

٢٠.أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر.

٢١.أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣.

٢٢.أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، الجزء السادس، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩١.

٢٣.كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، دار الفكر، بدون سنة نشر.

٢٤.محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨.

٢٥.محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، الجزء الثالث، القاهرة، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣.

ثالثًا: المراجع اللغوية:

٢٦.أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، الجزء الرابع، دار الفكر، ١٩٧٩.

٢٧.محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الخامس، دار صادر، بيروت، ٢٠١٠.

٢٨.لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٤.

رابعًا: المراجع الأجنبية:

أ ـ المراجع الإنجليزية:

General References:

29. J.ESTER, Illegitimate Children and Conflict of Laws, Indiana Law Journal, Vol.36, Issue 2, 1961.

30. J.RIBA, Principles and Prospects for a European System of Child Protection, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, 2010.

Articles and Researches:

31. **A.CANYAŞ, An Analysis of Public Policy Intervention in the Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgments under Turkish Private International Law, International Journal of Humanities and Social Science, Vol.2, No.17, 2012.**
32. **E.RITAINE, Harmonising European Private International Law, A Replay of Hannibal's Crossing of the Alps?, International Journal of Legal Information the Official Journal of the International Association of Law Libraries, Vol.34, Issue2, 2006.**
33. **K.SAARLOOS, European Private International Law on Legal Parentage, Thoughts on a European Instrument Implementing, The Principle Of Mutual Recognition in Legal Parentage, Degree of Doctor, Maastricht University, 2010.**
34. **P.MOZOS, Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood, Yearbook of Private International Law, Vol.12, 2010.**

35. R.LANGE, The European Public Order, constitutional Principles and Fundamental Rights, Erasmus Law Review, Vol.1, Issue1, 2007.

Articles on Internet:

36. A.DOUGA & V.KOUMPLI, Cross-border maintenance obligations in Europe: the EU Maintenance Regulation, See at, http://www.hiifl.gr/wp-content/uploads/DOUGKA.PDF.
37. A.DOUGA & V.KOUMPLI, Cross-border maintenance obligations in Europe: the EU Maintenance Regulation, See at, http://www.hiifl.gr/wp-content/uploads/DOUGKA.PDF.
38. C.SUMNER, Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report, See at, http://www.ejcl.org/111/art111-8.pdf.
39. F.PESCE, Diversity in a United World of Child Support, Country reports, Italy, See at, http://www.heidelberg-conference2013.de/tl_files/downloads-abstracts/abstracts-ab-3-3-2013/Abstract_PESCE.pdf.
40. H.WISE & L.AMON, Paternity Suits under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf.

41. I.SUMNER & M.VONK, National and International Surrogacy, An Odyssey, See at, https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/29180/ISFL%202011%20-%20Final.pdf?sequence=1.

42. J.CHIANCONE and Others, Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents, See at, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/190105.pdf.

43. L.HARRIS, The Basis for Legal Parentage and The Clash between Custody and Child Support, See at, https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/pdf/vol42p611.pdf.

44. L.SILBERMAN, The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents, A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga, See at, https://www.law.ou.edu/sites/default/files/files/OU_LAW_ADMIN/07%

45. M.PARKE, Are Married Parents Really Better for Children?, What Research Says About the Effects of Family Structure on Child Well-Being, See at, http://www.clasp.org/resources-and-publications/states/0086.pdf, 2-9-2013.

ب ـ المراجع الفرنسية:

46. **BOUREL(P.) et les autres, Droit International Privé, Dalloz, Paris, 10e édition, 2013.**
47. **ROQUES (L.), La politisation du droit de la nationalité, Voir à, http://www.gisti.org/spip.php?article4426.**

خامساً: مواقع الإنترنت:

48. **http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf.**
49. **http://www.alukah.net/sharia/0/40912, 12-10-2014.**
50. **http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx.**
51. **http://www.cc.gov.eg/Images/Madany/2006/2/585-73/585-73.pdf**
52. **http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20в%20ред.%202007%20%28англ.%29.pdf**
53. **www.dar-alifta.gov.eg.**