ورقة قانونية مقدمة من مؤسسة قضايا المرأة المصرية

حـول

إثبات النسب بالوسائل العلمية المشروع بين القانون وأحكام القضاء

ورقة إعداد / أحمد أبوالمجد المحامي و الباحث الحقوقي

2017

منذ عدة سنوات تشهد المحاكم المصرية إرتفاع أعداد قضايا إثبات النسب، حيث امتلأت أروقة محاكم الأسرة بالعديد من القضايا ، تلك القضايا التى تستمر سنوات طويلة تضيع خلالها حقوق أطفال وربما يوصمون بقية حياتهم لأن الأب أنكرهم، وفى بعض الأحيان تقرر الأم التخلى عن ابنها لينتهى به الحال إلى طفل فى الشارع أو يوضع فى دار للأيتام وهو ما يعد عصفا بحق الطفل فى اسرة وحقه فى الأوراق الثبوتية وحقه ان يجد من يقوم على رعايته والإنفاق عليه , الامر الذى دفع بمؤسسات الدفاع عن حقوق النساء والطفل بطرح هذه القضية على المجتمع من اجل ايجاد حل لهذه المشكلة منذ سنوات وكانت **مؤسسة قضايا المرأة المصرية واحدة من أولى هذه المؤسسات** , وهو ما حدا بالمشرع فى تعديلات قانون الطفل الى محاولة حل هذه الإشكالية وذلك بنص **المادة (15) من قانون الطفل المصري رقم 126 لسنة 2008** على أن *"الأشخاص المكلفين بالتبليغ عن الولادة هم والد الطفل إذا كان حاضرا، ووالدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية، ومديرو المستشفيات والمؤسسات العقارية ودور الحجر الصحي وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الإدارات، والعمدة أو الشيخ في حالة الزواج المثبت".*

كما نظم القانون ذلك بتسهيل استخراج شهادة الميلاد للطفل، فبعد أن كان لا يسمح للمرأة باستخراج شهادة ميلاد لطفلها في (الزواج الرسمي) وكان يسمح بذلك فقط للأب أو الجد أو العم، **أصبح من حق المرأة منذ عام 2008 وفق قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 والمعدل بالقانون 126 لسنة 2008 استخراج شهادة ميلاد لطفلها لكن باسم والدها أو اسم يختاره السجل المدني لحين الفصل في قضية النسب** *كما ألزمت محكمة القضاء الإداري في أبريل 2015، في الدعوى رقم 41215 لسنة 68 قضائية، وزارة الداخلية بتقييد أبناء السيدات من الزواج العرفي في سجلات مصلحة الأحوال المدنية بصفة مؤقتة باسم والده الذي ذكرته الوالدة، إلى أن تقضي المحكمة المختصة في واقعة ثبوت نسبه إلى والده، كما اعتبرت المحكمة وزارة التربية والتعليم، ملتزمة بقبول الطفل في إحدى المدارس التي تتناسب ومرحلته العمرية.*

وفيما يتعلق بإثبات النسب نص قانون الطفل المصري رقم 126 لسنة 2008 في مادته الرابعة [1] **" للطفل الحق فى نسبه إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما,وله**

[1] **(مستبدلة بالقانون رقم 126 لسنة 2008 – الجريدة الرسمية العدد 24 مكرر فى 15 يونيه سنة 2008)**

الحق فى إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة .

وتعد البصمة الوراثية DNA هى افضل الوسائل العلمية التى تحقق الغرض حتى الان إلا أنه وبالرغم من مرور تسع سنوات على صدور هذا القانون الا ان البصمة الوراثية تواجه إشكاليتين في الاحتكام إليها في قضايا النسب.

الإشكالية الأولى: عدم إلزام المدعي عليه باختبار البصمة الوراثية- أي عدم وجود نص تشريعي يلزم المدعي عليه بإجراء الاختبار، كما يحق له رفض التحليل دون أدنى مسؤولية.

الإشكالية الثانية: شرط الأخذ بنتيجة اختبار البصمة الوراثية، هو إثبات الزواج، أي أن الأخذ بنتيجة الاختبار لا يعتد به إن فشلت الأم في إثبات أن طفلها ثمرة زواج لا علاقة غير شرعية. , استندا الى القاعدة الفقهية " ماء الزنا مهدر " فما استقر عليه القضاء ان النسب يثبت بالزواج الصحيح والفاسد والوطء بشبهة الزنا لا يثبت نسبا , والزواج الفاسد فى الفقه الحنفى الزواج الذى لا يحضره شهود ويترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقى , والزنا لا يثبت به النسب .[2]

لذلك فإن السؤال المطروح هو هل اتجاهات القضاء فى تلك القضايا تحسم القضايا حسما سريعا مستندا الى الوسائل العلمية المشروعة ام انه بالرغم من مرور تسع سنوات على هذا القانون الا ان مستوى تطبيقه وطريقة تطبيقه لم تصل للدرجة المطلوبة التى نتطلع اليها من اجل تحقيق المصلحة الفضلى للطفل ؟وهو ما التمسنا اليه الطريق من خلال جمع لعدد من الاحكام من دوائر محكمة الاسرة فى العجوزة وبولاق الدكرور والجيزة والعديد من الاحكام المستأنفة من محكمة القاهرة للاحوال الشخصية والتى نوردها فى هذه الورقة ونقوم بتحليل ما توصلت اليه هذه الاحكام وما استقرت وتواترت عليه فى محاولة من مؤسسة قضايا المرأة لرصد تفاعل القضاء مع التعديلات القانونية الخاصة بحقوق الطفل والمرأة ومدى استجابته لاستخدام الطرق العلمية كوسائل إثبات للنسب على النحو التالى .

<u>إثبات النسب فى القانون المصرى :</u>

نص المادة / 15 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام

[2] فتوى دار الافتاء http://www.dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?sec=fatwa&ID=13024

الأحوال الشخصية جرى على أنه : " لا تسمع عند 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 المتوفى عنها زوجها أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

وسائل إثبات النسب :

أما وسائل إثبات النسب أى طرق إثبات علاقة الزوجية التى يترتب عليها إثبات النسب أو نفيه بعدم إثباتها فهى :

1. ثبوت الزوجية) الفراش|)بكافة طرق الإثبات ـ
2. الإقرار بالنسب أو الاستلحاق
3. ـ البينة الشرعية

ـاولا : ثبوت الزوجية)الفراش (بكافة طرق الإثبات :

يثبت النسب بالزواج كما ذكرنا سواء كان صحيحاً أو فاسداً أو تم الوطء بشبهة إذا توافرت شروط كل منها ، وسواء كان الزواج رسمياً أو عرفياً صحيحاً شرعاً ، مكتوباً أو غير مكتوب

وفى حكم حديث قضت محكمة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية بأنه :

" وحيث أنه لا يشترط فى 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 فى إثباته بما هو جائز عقلاً وقبوله شرعاً لحمل المرأة على الصلاح صيانة لشرفها وشرف عشيرتها وللتستر على الأعراض وإحياء للولد مراعاة لمصلحته "

وعلى ذلك يمكن للزوجة إثبات العلاقة الزوجية ـ الفراش ـ بمعاينة الزوج المنكر لنسب ولده منها لواقعة الولادة ، أو حضوره مجلس العقد، وتقبل قضاءً شهادة الطبيب المولد فى إثبات واقعة الولادة ، وكذلك شهادة امرأة واحدة كما سبق القول

ثانيا : الإقرار بالنسب أو الاستلحاق

يعد الإقرار بالنسب سبباً منشئاً له إذا صدر من الأب مجرداً دون التصريح أنه من زنا ولا يشترط فى هذه الحالة المدة المشار إليها ـ ألا تقل مدة الحمل عن ستة أشهر ، ولا تزيد عن سنة

ولقد أتى المشرع بقيود بموجب نص المادة / 7 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فى حالة إذا كان المقر بالنسب قد توفى منكراً له فلا تقبل دعوى إثبات النسب أو الإقرار به أو الشهادة على الإقرار به بعد الوفاة إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة على صحة هذا الإدعاء

والإقرار بالنسب نوعان : إقرار أصلى ، وإقرار فرعى بالنسب :

الأول: الإقرار الأصلى : أى هو الإقرار بالبنوة أو الأبوة ، ولا يكون فيه حملاً للنسب على الغير

ويشترط لثبوت النسب الأصلى بالإقرار أربعة شروط :

أ ـ أن يكون المقر ببنوته ممن يولد مثله لمثل المقر .

ب ـ أن يصدق المقر له المقر إذا كان مميزاً ، وإن لم يكن كذلك ثبت النسب دون حاجة لتصديقه

ج ـ أن يكون المقر بنسبه مجهول النسب أى لا يعلم له أب فى البلد الذى يوجد فيه

د ـ ألا يصرح المقر بالنسب أن المقر له ابنه من علاقة زنا

وتلك الشروط السابقة كما تسرى على المقر بالأبوة ، تسرى أيضاً على الأم إذا أقرت بالأمومة، إلا أن وجه الاختلاف بينهما أن الأم إن أقرت بأمومتها للطفل من زواج غير شرعى أى علاقة زنا يثبت النسب للأم الزانية بشرط إثبات المرأة المقرة ولادتها للمقر له بالأمومة

الثانى : الإقرار الفرعى بالنسب :

وهو الإقرار الذى يكون فيه حملاً للنسب على غير المقر, كما إذا قال الرجل بأن فلاناً أخوه فإن معنى ذلك جعله ابناً لأبيه وأخاً له نفسه ولأخيه إن كان موجوداً, وهذا الإقرار لا يصلح بمفرده لإثبات النسب حال كون الإقرار يعد حجة قاصرة على المقر فقط لا يتعداه إلى الغير , ويشترط لصحة هذا الإقرار أن يصدقه من حمل الإقرار بالنسب عليه (إقرار الأب) أو أن يثبت المقر صحة ما جاء بإقراره بالبينة (شهادة الشهود مثلا)

ثالثا: البينة الشرعية :

تعد البينة وهى شهادة الشهود إحدى طرق إثبـات النسب ، وإذا ثبت النسب بموجبها فلا حاجة لبحث ما إذا كان المطلـوب إثبـات نسـبه من زواج صـحيح إذ يكفى ثبـوت النسب بأحد الطـرق المقـررة شـرعاً خاصة البينة ذلك أن لها حجة متعدية وليست قاصـرة فى الإثبـــــــــــــات كما هو حـــــــــــــال الإقـــــــــــــرار إلا أنه يشترط لقبولها فى إثبات النسب معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد, أما عن نصابها المقرر شـرعاً فهو رجلين أو رجل وامـرأتين, ويكفى فيها التسـامع استثناءً وفى أحكام محكمة النقض المصرية أقرت بصحة الشهادة على وجود عقد الزواج وقيام العلاقة الزوجية حـتى ولو لم يعـاين الشـاهد العقد مـتى اشـتهر عند الشـاهد ذلك طبقـاً لمذهب الأحناف المعمول به فى مصر فى دعاوى الأحـوال الشخصـية عند عـدم وجـود نص فقد جاء فى أحد أحكامها : " العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش وإنما نص فقهـاء الحنفية على أنه يحل للشـاهد أن يشـهد بالنكـاح ولو لم يعاينه متى اشتهر عنده بأحد نـوعى الشـهادة الشـرعية الحقيقية أو الحكمية فمـتى شهد أن رجلاً وامرأة يسـكنان فى موضع أو بينهما انبسـاط الأزواج وشـهد لديه رجلان عـدلان بلفظ الشـهادة أنها زوجته حل له أن يشـهد بالنكـاح وإن لم يحضر وقت العقد ، وهذا عند الصاحبين أما عند أبى حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكـاح بالتسـامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهى ما تكون بالتواتر "

ويثبت النسب بشـــهادة رجلين أو رجل وامـــرأتين ويعتد فى إثبـــات النسب بشـــهادة التسامع إستثناءً ,

ومما يؤكد قبول البصمة الوراثية في إثبات النسب أن " القيافة " ، أي التشابه بين الآباء والأبناء ، مقبولة – عند جمهور الفقهاء - كدليل في إثبات النسب ، فكيف لا يتم قبول البصمة الوراثية ؟ فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، كما روي عن ابن عباس وأنس بن مالك وعطاء وزيد بن عبد الملك والأوزاعي والليث إلى ثبوت النسب بالقيافة عند النزاع في حالة عدم وجود الأدلة التي يستند إليه بحسب الأصل في إثبات النسب وهي الفراش والبينة والإقرار. وفي ظل التقدم العلمي الذي أبرز طابع اليقين الذي تتسم به البصمة الوراثية فإن الاتجاه يقوي نحو الاستناد على البصمة الوراثية بالأولوية على البينة والإقرار باعتبار أن هذين الدليلين الأخيرين من الأدلة الظنية بينما أن البصمة الوراثية من الأدلة اليقينية. كما أن الأدلة على النسب ليست من مرتبة واحدة ؛ فالفراش يُقدم على الشهادة ، وتلك الأخيرة تُقدم على الإقرار ، ويُقدم الإقرار على التسامع . وإذا كان تعارض دليلين من الأدلة

السابقة يجيز اللجوء إلى القيافة ، فإن ذلك يجيز الاستعانة بالبصمة الوراثية من باب أولى .
وبناء عليه فإنه ليس هناك ما يحول دون الاستعانة بالبصمة الوراثية في إثبات النسب .

المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً بنظر دعاوى إثبات ونفى النسب :

بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وما نصت عليه المادة/ 10 منه ، وكذلك ما نصت عليه المادة / 3 من القانون رقم 10 لسنة 2004 بإنشاء محاكم الأسرة ، فإن المحكمة المختصة بنظر دعاوى النسب هى محكمة الأسرة الابتدائية .
ويتعين قبل رفع الدعوى اللجؤ إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص بطلب تسوية النزاع حول النسب ، عملاً بنصوص المواد / 5 ، 6 ، 8 من القانون رقم 10 لسنة 2004 سالف الذكر ، وإلا قضى فى الدعوى بعدم قبولها عملاً بنص المادة / 9 من ذات القانون.

أما المحكمة المختصة محلياً بنظر الدعوى فهى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه عملاً بنص المادة / 15من القانون رقم 1 لسنة 2000 سالف الإشارة إليه, وذلك إذا كان موطنه معلوماً فإذا كان غير ذلك أى أنه لم يكن للمدعى عليه موطن معلوم فى مصر فإن المحكمة المختصة محلياً هى التى يقع فى دائرتها موطن المدعى .

احكام القضاء فى قضايا اثبات النسب واتجاهات المحاكم فى استخدام البصمة الوراثية

فى هذا الجزء من الورقة سنستعرض مجموعة من الاحكام القضائية الصادرة فى دعاوى اثبات النسب لاستقراء وتحليل اتجاهات القضاء المصرى فى قضايا الاحوال الشخصية تلك الاحكام التى تتوافق مع رؤيتنا فى حق الطفل فى إثبات نسبه بكافة الطرق العلمية الحديثة او التى جاءت تتناقض مع هذا الحق , ورصد مدى اهتمام

القضاة بإحالة الدعوى للطب الشرعى لإثبات البنوة من عدمه, ووضع ايدينا على اهم المبادئ التى أتت بها المحاكم فى تطبيقها لتعديلات قانون الطفل فيما نص عليه من حق الطفل فى اثبات نسبه باستخدام كافة الوسائل وبخاصة الاساليب العلمية الحديثة والتى تأتى على رأسها البصمة الوراثية حتى الآن نورد هذه الاحكام ثم نذكر ما استخلصناه منها ونتبع ذلك بتوصياتنا على النحو التالى :-

اولا: الإحالة للجنة مصلحة الأحوال المدنية لقيد المواليد فى حالة ثبوت العلاقة الزوجية بعقد موثق ورفض قيد الزوج الطفل فى السجلات الرسمية واصدار شهادة ميلاد .

حيث أقامت الزوجة دعوى على زوجها بإثبات نسب ابنهم من عقد الزواج الصحيح نظرا لرفضه قيد فى سجلات المواليد بمصلحة الأحوال المدنية التي تشترط قيد الطفل من قبل الأب فجاء حكمها بعدم الاختصاص ولائياً بنظر النزاع ولم تحيلهم للطب الشرعى لإثبات النسب بالوسائل العلمية الحديثة ولكن قضت بعدم الاختصاص واختصاص لجنة مصلحة الأحوال المدنية لقيد المواليد وهو ما تكرر فى العديد من الاحكام المرتبطة بقضايا اثبات النسب التي تم الحصول عليها حيث احالت المحكمة الدعوى للجنة مصلحة الاحوال المدنية وذلك استنادا الى ما اوردته المحكمة بقولها:

"المقرر بنص المادتين 47 و 46 من القانون 143 لسنة 1994 فى شأن الأحوال المدنية , فالمادة 46 تنص على " تشكل فى دائرة كل محافظة لجنة من 1- المحامى العام للنيابة الكلية بالمحافظة او من ينيبه وفى حالة تعددهم إخطار النائب العام احدهم رئيسا 2- مدير أدارة الأحوال المدنية بالمحافظة او من ينبيه (عضو) 3- مدير مديرية الشئون الصحية بالمحافظة او من ينيبه (عضو) وتختص هذه اللجنة فى الفصل فى طلبات تغيير او تصحيح قيود الاحوال المدنية المدونة في سجلات المواليد والوفيات , وقيد الاسرة , وطلبات قيد ساقطى قيد الميلاد والوفاة والوقائع التى لم يبلغ عنها خلال المدة المحددة قانونا ومضى عليها اكثر من عام من تاريخ واقعة الميلاد او الوفاة , وتحدد اللائحة التنفيذية الاجراءات الخاصة بتقديم

الطلبات وكيفية القيد والجهات الواجب إخطارها بالقرار الصادر فيها , ويحدد وزير الداخلية بقرارا منه رسوم الاصدار بما لا يجاوز عشرة جنيهات "

كما نصت المادة 47 على ان " لايجوز اجراء اى تغيير او تصحيح فى قيود الاحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الاسرة الا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة ويكون اجراء التغيير والتصحيح فى الجنسية او الديانة او المهنة او فى قيود الاحوال المدنية المتعلقة بالزواج او بطلانه او التصادق او التطليق او التفريق الجسمانى او اثبات النسب بناء على احكام او وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون الحاجة الى استصدار قرارا من اللجنة المشار اليها "

الحكم فى الدعوى رقم 515 لسنة 2014 اسرة العجوزة والمحكوم فية بجلسة 28/10/ 2014

والحكم فى الدعوى رقم 198 لسنة 2012 اسرة العجوزة والمحكوم فيه بجلسة 20/10/2012

بعدم الاختصاص الولائى لنفس الاسباب سالفة البيان

والحكم فى الدعوى رقم 982 لسنة 2012 اسرة العجوزة والمحكوم فيه بجلسة 26/ 1 / 2013

بعدم الاختصاص الولائى لنفس الاسباب

والحكم فى الدعوى رقم 1201 لسنة 2012 اسرة العجوزة والمحكوم فيه بجلسة 26/ 11 / 2013

بعدم الاختصاص الولائى لنفس الاسباب

ويؤخذ على هذه الأحكام أنها تحيل للجنة الأحوال المدنية نزاع قضائي من اختصاص محكمة الأسرة وليس من اختصاص تلك اللجنة الإدارية التي تختص بتغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المسجلة بالفعل , والتي لا تختص بإنشاء قيود من العدم ولكنها تختص بالتعديل فقط , وكون هذه اللجنة لجنة إدارية في الأساس لا تملك إحالة الدعوى للتحقيق للاستماع إلى الشهود او الإحالة للطب الشرعي لإجراء تحليل البصمة الوراثية , وهو الأمر الذي يخل بحق المدعية فى إثبات دعواها ويخل بحقها فى التقاضي .

<u>ثانيا : عدم الاعتداد في دعوي نفى النسب باستخدام البصمة الوراثية DNA فى حال ثبوت العلاقة الزوجية</u>

تـواترت الاحكـام القضـائية للتأكيـد على انـه لايجـوز نفى النسـب بإسـتخدام البصـمة الوراثية (DNA) فى حال ثبـوت العلاقـة الزوجيـة وان يـأتى الحمـل بعد سـتة اشـهر من العلاقـة الزوجيـة او الانجـاب بعد اقـل من سـنة من تـاريخ الطلاق وذلـك على النحو التالى : -

اقـام الـزوج الـدعوى رقم 8 لسـنة 2008 اسـرة عابـدين مختصـم مطلقتـه بمـوجب صحيفة طلب فى ختامها الحكم بنفى نسب الطفل (.....) الية مـع مـا يـترتب على ذلـك من محو ما قيد بالسجلات الرسمية والزامها المصاريف والاتعاب على سند من القـول انه كان زوجا لها ثم طلقها فى 7 /- 1 /- 2000 ولم يرزقا بثمة اولاد وفوجى بوجـود طفل تنسبه الية يدعى (.....) وقيد بشهادة الميلاد دون علمـه وهـو لا يقـر هـذا النسـب لعدم معاشرته لهـا قبـل الطلاق بثلاثـة اشـهر لاسـتحكام الخلاف بينهمـا وطلب عرضـه على تحليل الحامض النـووى وجـاء تقريـر الطب الشـرعى باسـتحالة كـون الطفـل ابن الزوج , فقضت محكمة اول درجة بنفى نسب الطفل للمـدعى فاسـتأنفت المـدعى عليهـا الحكم فجاء **حكم محكمة الاستئناف بالغاء حكم اول درجة و بعدم الاعتداد بتقرير الطب الشـرعى بشـان تحليـل الحـامض النـووى على سـند من القـول ان تحليـل الحـامض النووى ونتيجته الصادرة من الطب الشرعى بمثابة تقريـر خبـير فى الـدعوى ويجـوز للمحكمة عدم الاعتداد بنتيجة تقرير الخبير , خاصة وانـه خـالف نص المـادة 15 من القانون 25 لسنة 1929 "** المشار اليها سابقا .

(حكم محكمة استئناف القاهرة فى الاستئناف رقم 10246 لسنة 125 ق احوال شخصية)

وهـو مـا اسـتقر عليـه ايضـا حكم محكمـة اسـتئناف القـاهرة فى الاسـتئنافيين رقمى 7972 ، 8062 لسنه 124ق بقوله :

" حيث انه عن موضوع الاستأنفين وكـان طبقـا لمـا هـو مقـرر قانونـا بالمـادة 15 من القانون رقم 25 لسنة 1929 وما استقر علية قضـاء النقض فى ذلـك ان الحـالات الـتى يتم فيها نفى النسب عدم ثبوت التلاقى بين الـزوجين وان تكـون ولادة الصـغير فى مـدة اقـل من سـتة اشـهر من الـدخول فى الـزواج او ان تكـون الـولادة بعـد سـنة من تـاريخ الطلاق او الوفـاة والملاعنـة بين الـزوج وزوجتـه **ولايجـوز اسـتخدام تحليـل الحـامض**

النـووى فى نفى النسـب وان كـان جـائز اسـتخدامه فى اثبـات النسـب فقـط دون نفى النسب "

وفى دعوى نفى نسب من رجل يدعى انه قد تبنى طفل و اعطاه اسمه

قـررت المحكمـة فى قولهـا ان النسـب يثبت بواحـد من ثلاثـة 1-الفـراش 2-الاقرار 3- البينة , والمقصود بالفراش هـو المـرأة أخـذا بمـا جـاء فى وعـد رب العـزة لأهل اليمين فى الجنـة " وفـرش مرفوعـة إنـا أنشـأنهن إنشـاء فجعلنـاهن ابكارا عربا اترابا لأصحاب اليمين " فكنى بالفراش النساء ... والمراد بالفراش هنا الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتـداء حملهـا بالولـد فـإذا ثبت ولادة الزوجة بعـد زواجهـا .. ثبت نسـب المولـود من هـذا الـزوج دون اقـرار او بينـة حيث قال النبي (ص) " الولد للفراش وللعاهر الحجـر ...وحيث انـه من المقـرر فقها ان يشترط لإجراء اللعان الشرعي توافر الشروط الاتية 1- ان يتـوافر لـدى كل من الزوجين الاسلام والحرية والعقل والبلوغ والنطـق وعـدم سـبق الحـد فى قذف , لان اللعان شـهادات أمـام القضـاء فلا يصـح الا ممن هـو اهـل للشـهادة على المسلم طبقا للمذهب الحنفى 2- ان ينفى الـزوج نسـب الولـد , وقت الـولادة او وقت الاعـداد لهـا بشـراء ماتحتـاج اليـه الـولادة او فى مـدة التهئنـة المعتـادة بالمولود على حسب عرف اهل البلد ,هذا اذا كان الزوج حاضرا وقت الـولادة , وان كان غائبا فوقت علمه بالولادة , 3- الا يكون الزوج اقر بالولد صـراحة او دلالة كقبوله التهئنة او سكوته عنـدها وعـدم رده , وحيث ان المقـرر فى قضـاء محكمة النقض **" ان محكمة الموضوع غير ملزمـة بإجابـة طلب الخصـم بنـدب خبير فى الدعوى متى وجدت فيها ما يكفى لتكوين عقيـدتها ... وكـانت اسـباب الحكم كافية لحمل قضـائه فلا تـثريب على المحكمـة "(طعن 30 لسـنة 46 ق احوال شخصية جلسة 1/3/1978)**

وحيث ان المقرر بقضاء محكمة النقض انه استثنى فقهاء الاحنـاف من الاصـل الفقهى بألا ينسب لساكت قول بعض مسائل جعلوا السكوت فيها بمثابة الاقرار , ليس من بينها السكوت عند نسـب الحمل الحاصـل قبـل الـزواج وولادتـه لادنى فـترة الحمـل " (نقض جلسـة 3/11/1976- ص 159- س 27) **وقـد تواترت احكـام محكمتنـا العليـا على ان " النسب حق للولـد مـع عـدم تصـديق الزوجين ولو تعاونا فى اثبات عدم حصول الوطء " (طعن 46 لسـنة 62 ق 30/11/1996)**

حيث كان ما تقدم وكان الثابت للمحكمة من مطالعة اوراق الدعوى ومستنداتها ان المدعى تزوج بوثيقة زواج رسمية و انجب المدعى عليه وتم استخراج شهادة ميلاد له و اذ كان ذلك وكان الثابت ان المدعى اقام دعواه بنفى نسب المدعى عليه واذ كان ذلك وكانت الزوجية بين المدعى ووالدة المدعى عليه كانت قائمة وصحيحة ولم ينال منها ما يدحضها حتى تم انجاب المدعى عليه وكان الثابت انهما بالغان عاقلان ويتصور الحمل منهما فضلا عن ان المدعى لم يقم بلعان زوجته اثناء فترة الزوجية , وبعد ما انجبت المدعى عليه فى الفترة التى فيما بعد الانجاب وحتى تاريخ رفع الدعوى , مما يكون قد مر مدة قصيرة ينتفى مع شرط من شروط اللعان مما يكون معه قد ثبت نسب المدعى عليه الشرعى لابيه (المدعى) مما تقضى معه المحكمة برفض الدعوى "

(حكم محكمة اسرة العجوزة لشئون الاسرة د 37 فى الدعوى 1665 لسنة 2014)

ثالثا: عدم ثبوت النسب واعتباره ناتج عن زنا فى واقعة هتك عرض قاصر(ثابتة بحكم محكمة جنائية)

وفى دعوى اثبات نسب كان المدعى عليه قام بهتك عرض المدعية (17) وصدر ضده حكم إدانة جنائى غيابى حبس سنة ثم نتج عن ذلك طفل فأقامت المدعية دعواها بثبوت نسب هذا الطفل و قدمت المدعية فتوى رسمية من الازهر الشريف إنتهت الى أن " هناك رأيان فى تلك المسألة : اولهما راى الجمهور ان النسب فى هذه الواقعة لا يثبت لكونها واقعة زنا وماء الزنا هدر وثانيهما وهو رأى الامام الشعبى واسحق وعروة وسليمان بن يسار والحسن البصرى وابن سيرين وبعض المالكية يقولون بإلحاق هؤلاء الاولاد ممكن عرف نسبه الحقيقى يكون بالاستلحاق وان لم يكن بالاستحقاق , فيكون بالإلحاق اى قصرا حتى لو كان من الزنا اذا قامت على ذلك بينة قوية "

فأحالت المحكمة للطب الشرعي لإجراء تحليل البصمة الوراثية و رفض المدعى عليه فاستمعت المحكمة لشاهدى المدعية اللذان شهدا باعتداء المدعى عليه على المدعية جنسيا ونتج عنه حمل تم اكتشافه فى الشهر السابع فقضت محكمة اول درجة برفض الدعوى تأسيسا على عدم توافر ايا من شرائط ثبوت النسب اذا ان المدعية حملت من المدعى عليه سفاحا ولا توجد ثمة علاقة زوجية بينهما سواء رسمية او عرفية او فاسدة

وفى الاستئناف قالت محكمة الاستئناف

الاصل هو الاحتياط فى النسب ان امكن فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمال كما يثبت فى هذه الحالة دون حاجة الى اقرار او بينة , ويكفى فى البينة ان تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى , كما ان النسب يثبت ايضا بالإقرار وهو ما عرفه فقهاء الشرع بالدعوى لما ينطوى عليه من اعتراف ببنوة الولد

(والنسب يثبت بالزواج الصحيح والفاسد والوطء بشبهة الزنا لا يثبت نسبا , والزواج الفاسد فى الفقه الحنفى الزواج الذى لا يحضره شهود ويترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقى , والزنا لا يثبت به النسب) **وكان الثابت للمحكمة من سائر اوراق التداعى ان حمل المستأنفة ووضعها الصغير كان نتيجة اعتداء المستأنف ضده عليها وهتك عرضها بدون تهديد او قوة حسبما قرر محضر الواقعة ولم يكن نتيجة زواج صحيح او فاسد وانما نتيجة فعل فى ذاته لاشبهة مطلقا فى انه زنا وكونه زنا فى حقيقته لايثبت به نسب .(الاستئناف العمومى رقم 14943 لسنة 131ق)وبنفس الاسباب والحيثيات اعتبرت المحكمة ايضا ان الابناء الناتجين عن معاشرة جنسية اثناء فترة الخطبة هو زنا (الاستئناف رقم 2616 لسنة 126 ق)**

رابعا : اثبات نسب طفل من زواج عرفى بعد اثبات العلاقة الزوجية بشهادة الشهود

قضت محكمة استئناف القاهرة الدائرة 111 احوال فى الاستئناف 2277 لسنة 132 ق بثبوت نسب الطفل وثبوت العلاقة الزوجية فى واقعة زواج عرفى استنادا الى اقرار الزوج هذا الزواج فى محضر ادارى , كما ثبتت العلاقة من واقع اقرار المحامى العام الصادر بتمكين الزوجة من مسكن الزوجية وساند ذلك شهادة حارس العقار والجيران الملاصقين بقيام العلاقة الزوجية وقد أيد ذلك تحريات المباحث فى

المحضر الادارى , وكذلك شهادة شهود الزوجة –احدهم مسيحى – ولا ينال من ذلك ان احد الشاهدين مسيحى الديانة اذ ان شهادته لواقعة مادية وليس شهادة على عقد الزواج " وهو ما أكدته محكمة استئناف القاهرة الدائرة 112 احوال شخصية فى الاستئناف رقم 185 لسنة 124 ق احوال شخصية بثبوت نسب الطفل الناتج من زواج عرفى استنادا الى شهادة الشهود وذلك تأسيسا على قولها **ان الفقه الاسلامى توسع فى قبول البينة فى مسائل النسب اذ اجاز الشهادة بالتسامع وهو ما يتردد على السنة الناس ودون ان يعاينه الشاهد بنفسه باعتبار ان ذلك استثناء مقبولا دعت اليه الحاجة الى رعاية المصالح وخاصة رعاية حق الصغير** , وتعتبر البينة فى مجال النسب اقوى من الاقرار به لانها حجة على الاب وعلى غيره ولا يشترط فيها معاينة واقعة الولادة او حضور مجلس العقد ان وجد و انما يكفى ان تدل على زواج صحيح او فاسد .

ولما كان ما تقدم وكان الثابت من الاوراق ان المستأنفة استشهدت بكل من /...../..... الذين شهدا بأنهما كانا من شهداء عقد الزواج العرفى ووقعا عليه بتوقيعهما واستمرت العلاقة الزوجية بينهما لمدة اشهر وذلك منذ ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ أدائهما الشهادة , فأن المستفادمن هذه الشهادة انها تعتبر بينة شرعية مستوفاة لكافة شرائطها واحكامها القانونية , تأخذ بها المحكمة وتطمئن لها ولا تعول على أطراح اول درجة لها اذ ان هذا الشاهدان هما مما حضرا واقعة الزواج فتكون شهاداتهما على الزواج الصحيح وبذلك يتوافر سبب ثبوت النسب الذى تخلف عن هذا الزواج "

<u>خامسا : اثبات النسب فى حالة اقرار الاب بدون الاحالة الى الخبراء</u>

رصدنا فى اكثر من حكم اتجاه المحاكم الى الحكم بثبوت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه سواء كان زواج عرفى او زواج رسمى مثال ذلك حكم محكمة الاسرة بالعجوزة د 39 قضت المحكمة فى الدعوى رقم 6 لسنة 2014 بثبوت نسب الطفلة بعد اقرار الاب بثبوت النسب امام المحكمة وحكم محكمة العجوزة لشئون الاسرة د 42 فى الدعوى 38 لسنة 2012 , وحكم محكمة اسرة بولاق الدكرور الدائرة 36 فى الدعوى 3474 لسنة 2014 و الدعوى 3262 لسنة 2014 وحكم محكمة اسرة بولاق الدكرور الدائرة 13 فى الدعوى 1088 لسنة 2014 وفى حكم محكمة العجوزة د 42 فى الدعوى رقم 114 لسنة 2012

وفى حالة كون الاب اجنبى والزواج عرفى وغير موثق من الجهة المختصة فقد قضت محكمة استئناف القاهرة الدائرة 101 احوال شخصية فى الاسئناف رقم 1618 لسنة 123 ق احوال شخصية بثبوت نسب الطفل

<u>سادسا : نفى النسب اذا كان الصغير ولد بعد اقل من ستة اشهر من الزواج حتى ولو رفض المدعى عليه إجراء التحليل</u>

قضت محكمة استئناف القاهرة الدائرة 111 احوال فى الاستئناف رقم 744 لسنة 131 ق بقولها : " ولما كان الثابت للمحكمة من سائر اوراق التداعى ان المستأنف قد تزوج المستأنف عليها بتاريخ 23/8/1998 وكانت الاخيرة متزوجة من قبل بالمدعو /.....- بتاريخ 13/7/1997 ثم انجبت الصغيرة /.....- بتاريخ 19/10/1997 حسب الثابت بشهادة ميلادها فمن ثم تكون الصغيرة غير مولودة خلال فترة زواج المستأنف للمستأنفة بل قبل زواجهما بحوالى احدى عشر شهرا مما تنتفى معه شرائط ثبوت النسب بالفراش واهما ان يولد الصغير بعد ستة اشهر من الزواج وقبل مضى عام منه فضلا على ان ميلاد الصغيرة لم يحدث اثناء فترة الزوجية بين المستأنف والمستأنف عليها فلا مجال للإقرار او اللعان او غير ذلك من شرائط نفى النسب وحالاته , الامر الذى ينتهى معه المحكمة الى عدم ثبوت نسب الصغيرة الى المستأنف "

<u>سابعا : رفض دعوى اثبات النسب فى حالة زواج المصرية بأجنبى بعقد غير موثق</u>

حيث قضت محكمة شئون الاسرة بالعجوزة فى الدعوى 109 لسنة 2012 " برفض دعوى اثبات نسب واثبات علاقة زوجية برجل اجنبى (ايطالى الجنسية) تأسيسا على ان المدعية لم تقدم مايفيد توافر الشروط التى نص عليها القانون 103 لسنة 1976 فى المواد 2/5 والمعدل بعض احكام القانون 68 لسنة 1947 بشأن شروط التوثيق اذا كان عقد زواج اجنبى بمصرية وهى :-

1- حضور الاجنبى بشخصه عند التوثيق
2- الا يجاوز فارق السن بين المتعاقدين خمسة وعشرين عاما
3- تقديم الاجنبى شهادتين من الجهة المختصة فى الدولة التى يحمل جنسيتها او قنصليتها فى جمهورية مصر العربية احداهما انها لا تمانع فى الزواج وتضمن الزواج وعدد الزوجات وحالته المالية ومصادر دخله بشرط التصديق على كل من الشهادتين من السلطات المصرية المختصة .

4- تقديم كل من المتعاقدين شهادة ميلاده فأن تعذر ذلك وجب على الاجنبى تقديم اى وثيقة رسمية تقوم مقامها ويجب على المصرية تقديم صورة رسمية من واقعة قيد الميلاد ويجوز بناء على قرار من وزير العدل او من يفوضه التجاوز عن كل او بعض الشروط سالفة الذكر عند توثيق العقد . "

وهو ما يعد إخلال بحق الطفل فى النسب لأبيه واستخراج أوراق ثبوتيه له وعصف بمصلحة الطفل الفضلى , فلو كان الاب والام اخطأءا فى عدم انتهاج الطرق القانونية فى توثيق الزواج فلا يجب ان يعاقب الطفل على اخطاء ابويه .

خلاصة

إن إثبات النسب في مصر مازال قائما حتى الآن على الأدلة الشرعية ، وليس من ضمنها تحليل الـ DNA، ذلك أن عدم إثبات علاقة الزواج يتسبب في رفض الدعوة , والقضاء لاينظر الى اثبات النسب الا فى إطار وجود علاقة زوجية موثقة او غير موثقة و يعترف بالنسب مادام هناك تلك العلاقة , وحتى ولو اثبتت تحاليل البصمة الوراثية غير ذلك , ولا يعترف بالنسب ولو اثبتته تحاليل البصمة الوراثية مادام لم يثبت قيام العلاقة الزوجية , وكأنه يعاقب الطفل على سلوك ابويه , كما يقع عبأ الإثبات كله على الام ولايلزم المدعى عليه حتى بالخضوع لاجراء التحاليل بل ان رفض المدعى عليه الخضوع لاجراء التحليل لايعد قرينة اثبات ضده بل على العكس أن عجز الأم عن إحضار شهود لاثبات الزواج يترتب عليه رفض الدعوى، فهي قرينة لمصلحة الخصم , واجمالا تصب هذه الممارسات القضائية الى تعزيز الثقافة المجتمعية الحامية للذكور علي حقوق النساء , وعلى حق الطفل فى اثبات نسبه باستخدام الوسائل العلمية الحديثة , وهو ما يضر بالاسرة المصرية بالغ الضرر .

توصيات

1- لا يجب ان يعاقب القانون والمجتمع الطفل على أفعال أبويه بإنكار نسبه لأبيه لأنه من علاقة لا يعترف بها المجتمع , كما يجب ان لا يكافأ الاب بتمكينه من الهروب من التزاماته تجاه الطفل (النفقة والرعاية والانتساب اليه) وخاصة اذا كان هذا الاب مغتصب .

2- لاتزال محكمة الاسرة بحاجة الى ان يكون هناك قضاة متخصصين مؤهلين فى قضايا الاسرة وعلى المام كامل بتتابع القوانين والغاية والفلسفة المبتغاة من التشريع وعلى دراية باتفاقية حقوق الطفل واتفاقية السيداو .

3- لابد من صدور تعديل تشريعى بإلزام الخصوم فى دعاوى اثبات النسب بالمثول امام الطب الشرعى لإجراء التحليلات العلمية الحديثة فى شان اثبات النسب حيث ان النص بوضعه الحالى لا يلزم المتقاضين بالمثول امام الطب الشرعى ، وعلي القضاة العمل بهذا التعديل التشريعي علي اعتبار ان الوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب ، الية من اليات الاثبات وليست قرينة يمكن الاستناد اليها من العدم.

4- العمل على تقصير أمد التقاضى فى قضايا اثبات النسب لتحقيق مصالح الطفل .

5- الاخذ بالاراء الفقهية الداعية الي اثبات نسب الطفل الي ابيه ايـاً كانت الطريقة التي جاء بها استناد الي الاية القرأنية(ادعوهم لابائهم هذا اقسط عند الله) وليس الاستناد فقط الي الحديث النبوي الشريف (ماء الزنا هدر) حفاظا علي المصلحة الفضلي للطفل.

6- لابد من تعديل تشريعى فى قواعد الاثبات يلزم القضاة والمحاكم فى احكامهم بما جاء فى تقارير الخبراء من خبرة فنية للمتخصصين وخاصة مايتعلق باستخدام الوسائل العلمية الحديثة , فلايصح ان لاتلتفت المحاكم الى ما اثبته العلم بشكل قطعى , على حساب رأى القاضى الشخصى الذى لا يستند الى اى دليل علمى فى مسائل فنية تتطلب الخبرة .