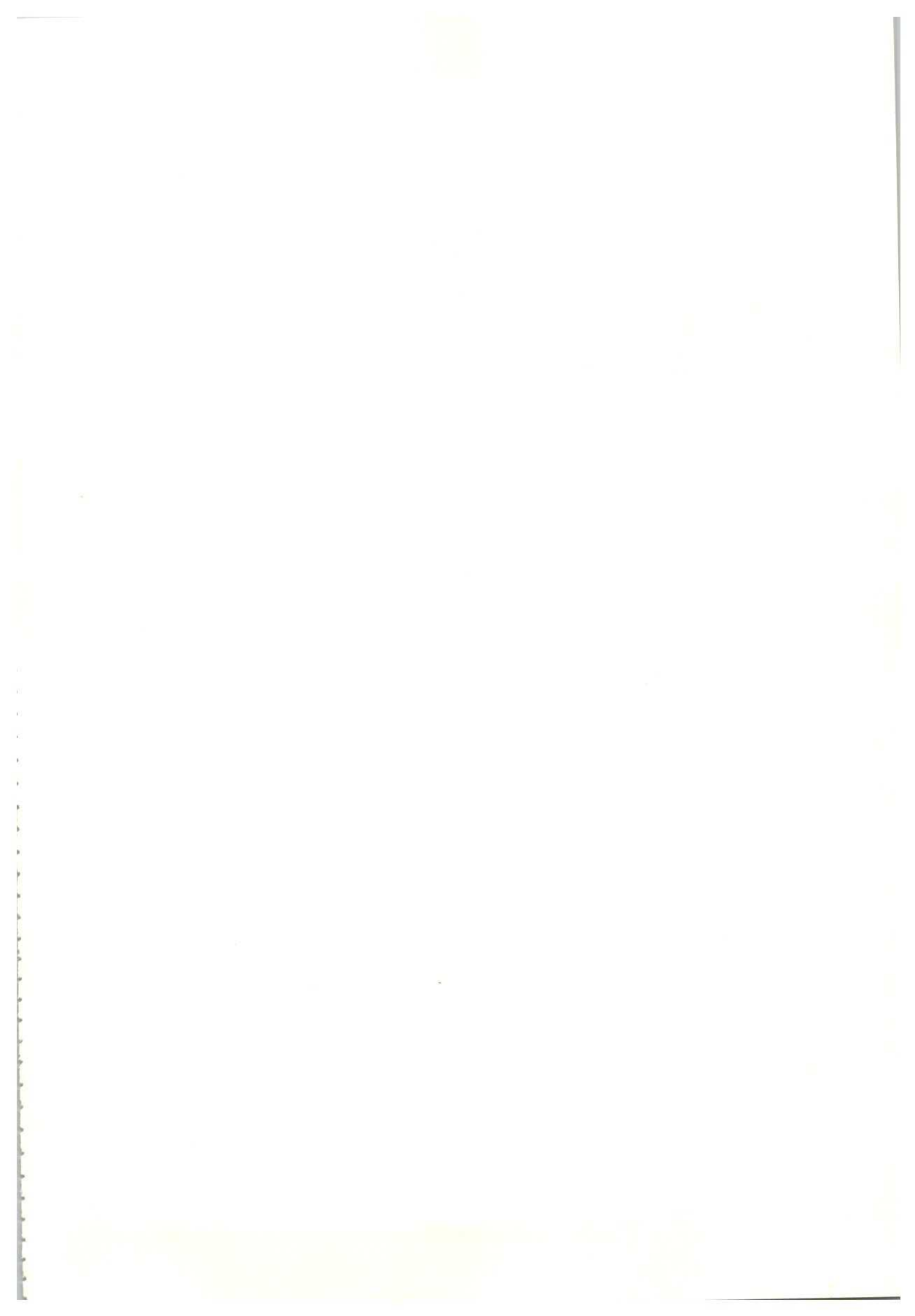


أحكام النسب في قضاء المحكمة العليا

الدكتور
الهادي علي زبيدة
جامعة الفاتح



أحكام النسب في قضاء المحكمة العليا



نظراً لأهمية هذا الموضوع، لاعتبار أن أحكامه من قبيل قواعد النظام العام من جهة، وللتطور التشريعي والقضائي في بعض أحكام النسب من جهة أخرى، فإن هذه الدراسة تكتسي أهمية بالغة، حيث إن المشرع الليبي، فيما يتعلق بقانون الأحوال الشخصية، قد مرّ بمرحلتين: الأولى قبل سنة 1984 حيث كان يطبق الفقه المالكي في الراجع منه أولاً، ثم عدل عنه إلى المشهور ثانياً، وفي هذا قالت المحكمة العليا «ومن حيث إن المادة 165 من قانون إجراءات المحاكم الشرعية المعمول به منذ نشره في 1958/11/25م نصّت على أن تطبق المحاكم الشرعية المدوّن في هذا القانون، وأرجح الأقوال من مذهب الإمام مالك، وجرى على هذا النسق نص المادة (17) من قانون نظام القضاء رقم (29) لسنة 1962 ثم عدّل نص هذه المادة بالقانون رقم (13) لسنة 1964 بأن تطبق المحاكم الشرعية أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمشهور في مذهب مالك، ما لم ينص القانون على أحكام شرعية خاصة فيجب اتباعها»⁽¹⁾.

وتؤكد هذا في أحكام المادتين (159، 160) من قانون نظام القضاء رقم (51) لسنة 1976م⁽²⁾، واعتبرت المحكمة العليا القضاء به من قبيل قواعد

(1) المحكمة العليا، طعن شرعي 30 - 5 - 1971 ف مجلة المحكمة العليا س8 ع1 ص90.

(2) الجريدة الرسمية ع 45 لسنة 1976 ص2339



النظام العام بقولها: إن الواجب «على القاضي في هذا البلد أن يحكم بالمشهور من مذهب مالك، وذلك بقاعدة نصَّ عليها بنص آخر في المادة (165) من لائحة الإجراءات الشرعية (وقانون نظام القضاء)، وهي قاعدة تتعلق بالنظام العام، لضمان حسن سير العدالة وثبات الأحكام»⁽³⁾، ولكن هل التزام المحكمة بالمشهور يشمل المسائل الموضوعية والإجرائية؟.

أجابت المحكمة العليا الموقرة على ذلك قائلة «لا يعمل المشهور في مذهب الإمام مالك إلا في المسائل الموضوعية فقط، أما الإجراءات الشرعية فيطبق بشأنها قانون الإجراءات الشرعية»⁽⁴⁾.

وقد تسنى للمحكمة العليا أن تطبق المشهور، وتبحث عن أحكامه في مصادر الفقه المالكي، وقد أرست طريقاً للبحث عنه مفاده إذا كان ثمة آراء مختلفة في مذهب الإمام مالك، فعلى المحكمة «أن تورد في حكمها تلك الآراء المختلفة، ثم توازن بينها، ثم إن اختارت رأياً منها كان عليها أن تذكر سبب الأخذ به، كأن تقول: إنه هو الرأي الراجح أو المشهور. مستندة في هذا الترجيح، وتلك الشهرة على قول أغلبية الفقهاء، إذ ليس لها هي الترجيح دون مرجح، وليس لها أن تقول بالشهرة من عند نفسها بل عليها تعداد أقوال من قالوا بالشهرة، بحيث يظهر أنهم غالبية فقهاء المذهب»⁽⁵⁾.

والمرحلة الثانية، بعد سنة 1984، حينما حدث تطور تشريعي مهم في مسائل قانون الأحوال الشخصية، حيث انتقل المشرع الليبي من قانون يعتمد مذهباً بعينه - المذهب المالكي - ولم تقن أحكامه في نصوص، إلى قانون اعتمد على جميع المذاهب الفقهية وصيغت أحكامه في قالب قانوني، وتمثل ذلك في إصداره للقانون رقم 10 / 84 بشأن أحكام الزواج والطلاق

(3) المحكمة العليا طعن شرعي 4 - 3 - 1973 مجلة المحكمة العليا س9 ع2، 3 ص13.

(4) المحكمة العليا، طعن شرعي 10 - 6 - 1972 مجلة المحكمة العليا س8 ع4 ص26.

(5) المحكمة العليا، طعن شرعي 13 - 6 - 1971 مجلة المحكمة العليا س8 ع1 ص91.

وآثارهما⁽⁶⁾، وقد نظم المشرع أحكام النسب في الفصل الثاني من الباب الثالث، وذلك في المواد 53 - 60 وأيضاً بشكل جزئي في المادة (11 / ب) وجملة الأحكام التي حوتها هذه النصوص، قد تكون واضحة المعاني، وليس هناك لبس في فهمها وتطبيقها، وقد يعتريها العموم في بعض صيغها، أو يحدث لها اضطراب في بعض معانيها.

ومن ثم فإن للمحكمة العليا دوراً مهماً في هذا الأمر، سواء أكان قبل سنة (1984) أم بعدها، حيث إن تطبيقها للقانونين لا بد أن تبرز معه أوجه الكمال تارة، والنقص تارة أخرى، ولا يعني هذا أننا نشايح المحكمة العليا في كل ما قضت به، بل قد يكون هناك خلاف معها في بعض المواضع.

وهنا نشير إلى مسألة مهمة في دور هذه المحكمة، فيما يتعلق بتطبيق نصوص القانون رقم 10/1984، حيث حملت بعض النصوص اضطراباً في معانيها، وبالتالي تدخلت هذه المحكمة في أكثر من موضع لترفع هذا الاضطراب ما أمكنها إلى ذلك سبيلاً، وكل هذه الأمور تعطي للمشرع تقويماً عملياً لمدى ملائمة نصوص القانون لما يهدف إليه في تنظيم أحكام النسب، وأعتقد أن الفترة الزمنية كافية للحكم عليها.

وعليه فإن هذه الدراسة مخصصة لرصد قضاء المحكمة العليا في تطبيقها لأحكام النسب منذ إنشائها، حتى الآن وفي ظل قانونين قد يكون هناك خلاف بينهما في بعض الجزئيات، وهي مرحلة أولى على أن تعقبها - إن شاء الله - فيما بعد دراسة نقدية لموقف المحكمة العليا في هذا الموضوع، وستتم دراسة هذه الأحكام في فصلين، الفصل الأول سيكون متعلقاً بأسباب ثبوت النسب، والفصل الثاني سيخصص لوسائل نفي النسب.



الفصل الأول أسباب ثبوت النسب

إن معرفة الأسباب التي تؤدي إلى إلحاق النسب أمر مهم، فبواسطتها يمكن إلحاق نسب المولود أو نفيه، وفي اعتقادنا أن المحكمة العليا أرست قاعدة نعتها نقطة الانطلاق في موضوع النسب أو نفيه، فقد قضت قائلة: «إن العلاقة الزوجية بين طرفي النزاع هي علاقة غير مشروعة لا يمكن الاعتماد بها شرعاً، ولا بالآثار المترتبة عليها ومنها النسب، حيث إن ولد الزنا لا يثبت نسبه لمن يدعيه، ولا يمكن اعتبار هذه العلاقة زواجاً شرعياً ينتهي بالطلاق أو التطليق، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى أن العلاقة الزوجية ما تزال قائمة تأسيساً على أن الطاعنة لم تقدم ما يثبت حصول الطلاق، أو التطليق بينها، وبين المطعون ضده على الرغم من أنها تنكر شرعية هذه العلاقة أصلاً، وعلى الرغم من أن المادة الخامسة من القانون رقم 10/1984 بشأن أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، تنص على أن الزواج يثبت بحجة رسمية، أو بحكم المحكمة مما يجعل الحكم المطعون فيه معيباً بما ذكر ويتعين نقضه»⁽⁷⁾.

وتؤكد على هذا النهج بأن «ما ساقه الحكم المطعون فيه للتدليل على عدم استحقاق لأجرة الحضانة وسكن المحضونة لا يواجه دفاعها من أنه لا توجد بينها وبين المطعون ضده أية رابطة زوجية مشروعة، وأن علاقتهما هي زنا محض، لا يترتب عليها النسب مما كان يتعين معه على المحكمة المطعون على قضائها أن تتأكد من أن العلاقة بين الطرفين كانت علاقة شرعية وهي التي كانت ثمرتها الوليدة محل التقاضي من عدمه، ثم تفصل في النزاع المتعلق بآثار هذه العلاقة على ضوء ما يتبين لها بعد ذلك»⁽⁸⁾.

(7) المحكمة العليا، طعن شرعي 11 - 7 - 1999 الطعن رقم 41/45 (غير منشور).

(8) المحكمة العليا، طعن شرعي 11 - 7 - 1999 الطعن رقم 41/45 (غير منشور).

وعليه فإن جميع الحقوق المترتبة على عقد الزواج؛ لكي تترتب ويجب الوفاء بها، لا بد أن يكون العقد صحيحاً أو مختلفاً في فساده إذا تم الدخول، وفي هذا قضت المحكمة بأن «الحضانة وما يتعلق بها من حقوق والتزامات مردّ كل ذلك بقيام صلة نسب المحضون بمن له حق الحضانة، وكذلك الأمر بالنسبة لترتب الالتزامات المترتبة عليها، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وفصل في الحقوق المترتبة على الحضانة دون التأكد من ثبوت نسب المحضونة إلى المطعون ضده بعد أن دفعت الطاعنة بأن ارتباطها معه كان زنا محض، فإنه يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون والقصور في السبب ويتعين نقضه»⁽⁹⁾.

وتؤكد المحكمة على هذا الاتجاه بقولها: «الزنا لا يصلح أن يكون سبباً لثبوت النسب، وذلك لأن النسب نعمة. فلا تنال بمحضور»⁽¹⁰⁾، ولكن النسب إذا ثبت وفق الرؤية الشرعية فإنه «لا يقبل الإبطال من الأب أو الابن»⁽¹¹⁾، كما أن «النسب لا يتقدم»⁽¹²⁾ لأن «القواعد المقررة شرعاً في شأن إثبات النسب هي من مسائل النظام العام، وأي مخالفة لها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لأنها قررت للمحافظة على الأنساب ولحماية الورثة ولدرء المفاسد»⁽¹³⁾.

ولذلك فإن المحكمة إذا «قضت في مواجهة أطراف الخصومة بنقض الحكم الاستئنافي وفصلت في موضوع النسب إثباتاً أو نفيّاً، وترتب على ذلك قضاؤها بإثبات نسب المطعون ضده الأول للمطعون ضده الثالث،

(9) المرجع السابق.

(10) المحكمة العليا، طعن شرعي 7 - 12 - 2000 الطعن رقم 46/42 ق (غير منشور).

(11) المحكمة العليا، طعن شرعي 13 - 5 - 1976 مجلة المحكمة العليا س13 ع1 ص30.

(12) المحكمة العليا، طعن ضده في 22 - 5 - 1957 قضاء المحكمة الاتحادية - القضاء المدني ح1 ص249.

(13) المحكمة العليا طعن شرعي 18 - 4 - 1979 مجلة المحكمة العليا س15 ع4 ص15.

تأسيساً على قواعد شرعية صحيحة، وكانت الدعوى الحالية قد أقيمت من الخصوم أنفسهم لإعادة بحث أدلة الموضوع من جديد وهو ما لا يجوز، ولا وجه من بعد للخصومة في الموضوع وبحث المستندات المقدمة من الطاعن للتدليل على ثبوت النسب خلافاً لما سبق الفصل فيه⁽¹⁴⁾.

وسيقسم هذا الفصل الذي يدرس الأسباب إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: العقد.

المبحث الثاني: الإقرار.

المبحث الثالث: البيئة.

المبحث الأول: العقد

نص المشرع الليبي في المادة (16) من القانون رقم 84/10 على أن «الزواج صحيح أو فاسد:

أ - الزواج الصحيح ما توفرت شروطه وأركانه، وتترتب عليه جميع أحكامه وآثاره منذ انعقاده.

ب - الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانه، ولا يترتب عليه أثر قبل الدخول ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي:

1 - الأقل من المهر المسمى ومهر المثل.

2 - النسب وحرمة المصاهرة.

3 - العدة.

4 - نفقة العدة ما دامت المرأة جاهلة فساد العقد».

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بقولها: «إن عقد الزواج متى

(14) المحكمة العليا طعن جنائي 6 - 11 - 1973 مجلة المحكمة العليا س 10 ع 2 ص 130.

توافرت شرائط صحته، وأركانه، ترتبت عليه كل الأحكام المقصودة منه شرعاً، والتي منها ثبوت نسب الأولاد من الزوج سواء أكان مثبتاً في ورقة رسمية أم غير مثبت لأنه وإن كان في استطاعة المشرع الوضعي وضع قيود لمصلحة يقتضيها إلا أنه لا يترتب على ذلك أي أثر في الحكم الشرعي»⁽¹⁵⁾.

والسؤال المطروح هل مجرد العقد في ذاته يكون سبباً لإثبات النسب دونما أن تكون هناك قيود أخرى؟.

إن الإجابة على ذلك تجرنا إلى ضرورة تحديد أقل مدة الحمل وأكثرها، وبالتالي ليس مجرد العقد يؤدي إلى إثبات النسب، بل يجب أن تتوفر شروط وقيود أخرى.

أقل مدة الحمل: بالنسبة للأب:

استقر قضاء المحكمة العليا على «أن نسبة الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح تثبت إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل، وهي ستة أشهر قمرية، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة، وأنه إذا توفر هذان الشرطان فلا ينفي نسب المولود من الزوج إلا باللعان، أما إذا انتفى أحد هذين الشرطين المذكورين فلا يثبت الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه»⁽¹⁶⁾.

(15) المحكمة العليا، طعن شرعي 28 - 8 / - 1978 / مجلة المحكمة العليا س15 ع4 ص9 وقريب من هذا المعنى قضت المحكمة العليا أيضاً «إن السبيل إلى إثبات الزواج إما أن يكون العقد الذي يوقعه الموظف المختص بذلك واستكمل شروطه وأركانه الشرعية أو صدور حكم من المحكمة المختصة ولائياً بذلك بصحة هذا الزواج» المحكمة العليا طعن شرعي 11 - 7 - 1999 الطعن رقم 41/ 45 ق (غير منشور).

(16) المحكمة العليا، طعن شرعي 12 - 6 - 1993 الطعن رقم 6 / 40 ق (غير منشور).

وانظر في هذا المعنى:

المحكمة العليا، طعن شرعي 22 - 2 - 2000 الطعن رقم 35 / 47 ق (غير منشور). =



وقضت أيضاً أن «الفراش يتحقق بالعقد مع إمكان التلاقي حساً لا عقلاً، وهو رأي جمهور الفقهاء، وبه أخذ القانون.

وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن التلاقي بصورة محسوسة بين الزوجين وقد ثبت بوجود الزوجة في بيت الزوجية منذ العقد، وأنها مكثت في بيت الطاعة أسبوعاً ثم هربت أخذاً بإقراره وأن موكله قد ردّ على الدعوى بأن موكله قد طلق زوجته في نفس شهر الزواج وأنها هربت من بيت الزوجية، وكان الأصل إمكان التلاقي بين الزوجين، وما ثبت على أصله لا يسأل عنه، ولا يستغرب ولا يطلب الدليل عليه، وعدم إمكان التلاقي استثناء من الأصل، وهو الذي لا بد من إثباته، وعبء إثباته يقع على من يتذرع به، فإذا لم يستطع الإثبات فإمكان التلاقي قائم ويؤخذ به تلقائياً، ومتى ثبت النسب بالفراش على الوجه المذكور، أي إذا توافر الشرطان المنصوص عليهما في هذه المادة لا ينفي نسب الولد إلا باللعان إذا توافرت شروطه»⁽¹⁷⁾.

وإذا كانت أقل الحمل ستة أشهر، فكم تقدر بالأيام، هل تحسب الشهور مكتملة، أم أن هناك وجهاً آخر في حسابها؟

أجابت المحكمة العليا الموقرة على ذلك قائلة: «إنه من المتفق عليه فقها وقضاء ووفقاً لما هو منصوص عليه في المادة المذكورة أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر قمرية لا تقل عن مائة وخمسة وسبعين يوماً والمطعون ضدها ولدت المولودة محل النزاع بعد مدة مائة وسبعة وستين يوماً من تاريخ العقد عليها من الطاعن، أي قبل انتهاء أقل مدة الحمل بثمانية أيام، وأقرت أمام النيابة أن حملها كان من زنا مع زوج أختها وليس من الطاعن، الأمر

= المحكمة العليا، طعن شرعي 4 - 6 - 1998 الطعن رقم 33 / 44ق (غير منشور).

المحكمة العليا، طعن شرعي 16 - 7 - 1998 الطعن رقم 26 / 44ق (غير منشور).

(17) المحكمة العليا طعن شرعي 29 - 6 - 1988 مجلة المحكمة العليا س24 ع 3، 4 ص21،

الذي يكون معه زواجها من الطاعن باطلاً لانشغال رحم الزوجة بحمل من زنا من غير الزوج العاقد عليها⁽¹⁸⁾. وهذا القدر من الأيام [175] يوماً «هي المدة المقدرة لأقل مدة الحمل عند المالكية»⁽¹⁹⁾.

هذا بالنسبة للدخول الحقيقي، أي بعد مضي هذه المدة على الدخول، ولكن ما مصير الحمل إذا نتج عن خلوة بين الزوجين ولو لم تنتقل الزوجة إلى بيت زوجها في العرس، كما جرت على ذلك عادة المجتمع الليبي؟

اشتراط المشرع الليبي في المادة (53) لثبوت النسب شرطين: وهما مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج وإمكانية التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة، وفي اعتقادي أن هذا يتحقق بالدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة.

وقد قضت المحكمة العليا، ونرجح ما ذهبت إليه بأن «الخلوة إذا وجدت تكون قرينة على الاتصال الجنسي عند النزاع في حصوله بين الزوجين فإذا اختلى الزوج بزوجه خلوة اهتداء وهي التي يسكن فيها كل واحد من الزوجين إلى الآخر ويطمئن إليه ثم طلقها، واختلفا في الاتصال الجنسي، فقال الزوج لم أتصل بها حين الخلوة، وقالت الزوجة إنه اتصل بها، صدقت الزوجة فيما تدعيه إذا حلفت اليمين بكرة كانت أو ثيباً»⁽²⁰⁾ وقضت أيضاً بأنه «إذا كان الزواج فاسداً فإن النسب لا يثبت للزوج إلا إذا مضى على الدخول أو الخلوة الصحيحة أقل مدة الحمل»⁽²¹⁾.

وهذا التوجه من قبل المحكمة يساعد في المحافظة على شرف الناس وأعراضهم . وقد فعلت خيراً فيما ذهبت إليه .

ولكن إذا كانت الخلوة فاسدة فلا أثر لها، وإلى هذا ذهبت المحكمة

(18) المحكمة العليا طعن شرعي 12 - 6 - 1993 الطعن رقم 6 / 40 ق (غير منشور).

(19) المرجع السابق.

(20) المحكمة العليا، طعن شرعي 23 - 1 - 1997 الطعن رقم 33 / 42 ق (غير منشور).

(21) المحكمة العليا، طعن شرعي 31 - 1 - 2002 ف الطعن رقم 73 / 48 ق (غير منشور).



العليا بقولها: «إن الخلوة بين الزوجين هي خلوة فاسدة شرعاً لا يترتب عليها اكتمال الصداق للزوجة باعتبار أن هناك مانع طبيعي يمنع حصول الاتصال الجنسي بين الطرفين، وهو مساكنة أهل الزوج للزوجين في منزل واحد، ودخولهم عليها في كل الأوقات»⁽²²⁾ ومعرفة الخلوة الفاسدة من الصحيحة مسألة يستقل بتقديرها قاضي الموضوع⁽²³⁾ وهناك ملاحظة مهمة يجب الانتباه عليها وهي أنه قد يحدث خلاف بين الزوجين في بداية العقد أي «في تاريخ النكاح بأن قالت تزوجتك منذ ستة أشهر فأكثر لتصل إلى إثبات نسب ولدها، وقال هو تزوجتك منذ أقل من ستة أشهر لينفي نفسه، فالقول قولها، وهو ابنه وينسب له، وأساس ذلك أن الظاهر يشهد لها، لأنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح»⁽²⁴⁾.

أكمل مدة الحمل بالنسبة للأم:

على خلاف ما قضت به المحكمة العليا في موضوع إثبات نسب المولود لأبيه فإن «المجمع عليه فقهاً أن المولود ينسب لأمه متى تحققت ولادتها له، ولو كان مجهول الأب، وهو ما قضى به الحكم المطعون فيه بعد أن تحقق من ولادة أمه لها بشهادة شهودها»⁽²⁵⁾، وهو نفس الرأي الذي تبناه المشرع الليبي فيما بعد حيث نص على ذلك في المادة (56) من القانون رقم 84/10.

وتؤكد المحكمة العليا على هذا المعنى بقولها «يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت ولادتها دون قيد أو شرط، ويترتب على هذا النسب

(22) المحكمة العليا، طعن شرعي 23 - 1 - 1997 الطعن رقم 33 / 42 ق (غير منشور).

(23) انظر المحكمة العليا طعن شرعي 13 - 5 - 1976 مجلة المحكمة العليا س13 ع 1 ص29.

(24) انظر المحكمة العليا طعن شرعي 13 - 5 - 1976 مجلة المحكمة العليا س13 ع 1 ص29.

(25) المحكمة العليا طعن شرعي 21 - 3 - 1974 مجلة المحكمة العليا س10 ع 3 ص42.

جميع نتائجه المتفرعة عن الأمومة والبنوة مالية كانت أو غير مالية»⁽²⁶⁾.

أقصى مدة الحمل:

مرت المحكمة العليا في تحديدها لهذه المدة بمرحلتين طبقاً لما سار عليه المشرع الليبي قبل 1984 وبعدها وتبعاً لذلك تختلف كل مرحلة عن سابقتها، فقبل 1984 قضت المحكمة العليا بأن «أقصى مدة الحمل هي خمس سنوات أو أربع سنوات، والقولان مشهوران في المذهب (مذهب الإمام مالك) وقد اختار ابن عاصم الأول منهما، حيث نص على ذلك بقوله: وخمسة أعوام أقصى الحمل، وحكى العلامة الشيخ خليل القولين بدون ترجيح، حيث قال وهل أربع أو خمس خلاف، وقد نبه في مقدمة المختصر على إنه إذا قال: (خلاف) بعد ذكر الأقوال الواردة في الموضوع، يعني أنه (أي صاحب المختصر) لم يطلع على ترجيح أحد القولين أو الأقوال التي يوردها»⁽²⁷⁾.

ولكن القاضي وهو يصدر الحكم اعتماداً على المشهور، فلا يذكر الرأي مجرداً أو يكتفي بالقول إنه مشهور مذهب مالك، إذ عليه «أن يذكر أن في المذهب آراء أخرى تنزل بها إلى سنة وترتفع بها إلى اثنتي عشرة سنة وإلى أكثر من ذلك، هذا القول في الحكم يحمل معنى القطع والتحديد ويشعر أنه هو القول الوحيد في المذهب وهذا مخالف لنصوص كثيرة في هذا الصدد منها:

- 1 - قول خليل في باب العدة (وهل خمساً أو أربعة خلاف). وقد نقل ابن عرفة عن الدسوقي في كون أقصاه أربع سنين أو خمس ذكر ثالث روايات القاضي وهي سبع روايات، وروي عن ابن عمر ستاً.

(26) المحكمة العليا، طعن شرعي 31 - 1 - 2002 الطعن رقم 37 / 48 ق (غير منشور).

(27) المحكمة العليا، طعن شرعي 31 - 1 - 2002 الطعن رقم 37 / 48 ق (غير منشور).



2 - قال الدردير في شرح خليل في باب العدة فيه خلاف، فإن مضت الخمس سنوات وزادت الريبة مكثت حتى ترتفع، وقال ابن العربي تبقى أبداً حتى ترتفع الريبة.

3 - قال الدسوقي في أقرب المسالك في باب العدة نقلاً عن ابن عرفة فيها سبع روايات... ومن حيث إن الحكم المطعون فيه لم يورد هذا الخلاف... فيكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله»⁽²⁸⁾.

«ومتى التزمت المحكمة بتطبيق المشهور في المذهب فإنه لا يصح الطعن على حكمها لمخالفة القانون أياً كان الرأي المقابل للمشهور في المذهب، وأياً كان دليله من النصوص الشرعية أو من المنطق والعقل»⁽²⁹⁾، وطالما أن الحياة الزوجية قائمة، أو وقع الطلاق ولم تمض العدة فإن وقوع الحمل هو الأصل، وفي هذا قضت المحكمة العليا بأن «قول الطاعن إن الأصل عدم الحمل، وإن وجود الحمل هو الذي يحتاج إلى دليل عليه، ولم تقدم المطعون ضدها دليلاً على حملها، فإن هذا القول غير صحيح، وأن الحمل كان موجوداً فعلاً والدليل عليه هو الوضع، وقد علم الطاعن به ولم ينه فور علمه، ويمكن أن يكون لكلام الطاعن هذا قيمة في حالة الشك في الحمل واستمرار هذه الحالة أما بعد تحقق الحمل والوضع فعلاً فقد انقطع الشك باليقين»⁽³⁰⁾.

ولكن الذي يجب ملاحظته «أن أقصى مدة الحمل لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة، وآراء الفقهاء جميعها لا تقوم على قياس أو إجماع، وإنما هي مبنية على الاستقراء وتتبع أحوال النساء»⁽³¹⁾؛ ولذلك عرف في الفقه المالكي ما يسمى بالحمل المستكن.

(28) المحكمة العليا، طعن شرعي 13 - 6 - 1971 مجلة المحكمة العليا س8 ع2 ص9.

(29) المحكمة العليا طعن شرعي 18 - 4 - 1974 مجلة المحكمة العليا س10 ع4 ص23.

(30) المحكمة العليا طعن شرعي 18 - 4 - 1974 مجلة المحكمة العليا س10 ع4 ص23.

(31) المحكمة العليا طعن شرعي 13 - 6 - 1971 مجلة المحكمة العليا س8 ع2 ص14.

أما بعد 1984 وحينما أصدر المشرع قانون الزواج والطلاق عدل عن الرأي السابق⁽³²⁾ إلى نص مفاده: «أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثرها سنة» م(53/أ)، وتطبيقاً لهذا النص قضت المحكمة العليا بقولها: «إن نسب الولد لا يثبت إذا أتت به المرأة بعد أقصى أمد الحمل المقدرة في المادة (53) من القانون المشار إليه . إلا إذا أقر به الزوج حال حياته، أو الورثة بعد وفاته، أو ادعاه الزوج أو الورثة»⁽³³⁾، وقضت أيضاً بأن «نسب الولد الذي تأتي به المطلقة أو المتوفى عنها زوجها قبل مضي أقصى مدة الحمل وهي سنة من يوم الطلاق أو الوفاة ينسب إلى زوجها المطلق أو المتوفى، فإذا كانت ولادته لأكثر من أقصى مدة الحمل لم يثبت نسبه من الزوج، إلا إذا أقر به هو أو الورثة، أو ادعوه، أو إذا أخطرت المعتدة أثناء عدتها المحكمة المختصة في مواجهة ذوي الشأن وتحققت المحكمة من ثبوت هذا الحمل»⁽³⁴⁾، وقضت أيضاً بأن «وضع المطعون ضدها... قد حصل في خلال مدة الحمل المقررة قانوناً أي في أقل من سنة من تاريخ انتهاء العلاقة بينهما - وعليه فإن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه عندما قضى بثبوت نسب الطفلة المذكورة إلى والدها الطاعن «قد طبق القانون تطبيقاً سليماً»⁽³⁵⁾.

أما الحمل إذا وقع عن شبهة فهل يتحقق به النسب؟ لم تتعرض المحكمة العليا مباشرة للقضاء فيها، وإنما ذكرت عرضاً في قضية تتعلق وقائعها بشروط النسب، وبالتالي لا تصلح دليلاً يعول عليه في معرفة موقف المحكمة العليا، وأعتقد أن منهج المشرع الليبي في أحكام الزواج يميل نحو التشدد، ومن ثم فإن الشبهة لا تصلح سبباً. لإثبات النسب وهو اتجاه قوي في الفقه الإسلامي، وهذه وجهة المشرع حسبما فهمناه . فقد ذكرت «أن

(32) وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية في قوانين الأحوال الشخصية.

(33) المحكمة العليا طعن شرعي 1988/5/25 ف مجلة المحكمة العليا س 2 ع 4 ص 9.

(34) المحكمة العليا طعن شرعي 4 - 12 - 1997 / الطعن رقم 4 / 44 ق (غير منشور).

(35) المحكمة العليا طعن شرعي 4 - 6 - 1998 / الطعن رقم 33 / 44 ق (غير منشور).



الواقع في هذا النزاع أن الدعوى أقيمت من الطاعنة أمام محكمة طرابلس الابتدائية ضد زوجها المطعون ضده ذكرت بها أنه تزوج بها عن طريق القضاء وأقامت معه ثلاثة أشهر، وأثناء حملها نقلها للإقامة مع والدتها وبقيت معها حتى وضعت حملها دون أن يسأل عنها، وانتهت إلى طلب الحكم لها بإلحاق المولودة التي وضعتها من حملهابوالدها المدعى عليه، فقضت المحكمة برفض دعواها تأسيساً على أن وضعها لهذه المولودة كان بعد ثلاثة أشهر من تاريخ عقد الزواج بينها وبين زوجها المدعى عليه الذي لم يحضر ويقر بنسبتها إليه ولم تكن هناك شبهة نكاح يترتب عليها إلحاق نسبها إلى المدعى عليه»⁽³⁶⁾.

وأعتقد أن ذكر هذا اللفظ - شبهة النكاح - لا يعدو أن يكون خللاً في الصياغة، وبالتالي فإن المحكمة لا تهدف لجعله سبباً من أسباب إثبات النسب.

المبحث الثاني: الإقرار

اعتبرت المحكمة العليا الإقرار وسيلة من الوسائل التي يمكن أن يثبت بها النسب، ولكنه يظل محكوماً بالقاعدة العامة ألا يكون أصل الحمل من زنا، أي أن يكون الحمل مشروعاً في أساسه. ولا يعتد بكل إقرار، بل لا بد أن تتوافر فيه شروط معنية ومن الشروط التي أوجبتها المحكمة قولها: «يثبت النسب بإقرار الرجل بنوة مجهول النسب، إذا لم يكذبه العقل أو العادة، ولم يصرح بأنه من الزنا، وصدق المقر في ذلك متى كان وقت الإقرار من أهل التصديق بأن كان مميزاً، ومتى ثبت النسب بهذا الوجه فلا يقبل النفي، ويسميه المالكية الاستلحاق، ولا يستلحق الأب إلا مجهول النسب ولو كذبه أمه، لتتسوّف الشارع للحقوق النسب ما لم يقم دليل على كذب المقر»⁽³⁷⁾.

(36) المحكمة العليا، طعن شرعي 22 - 2 - 2001 الطعن رقم 35 / 47ق (غير منشور).

(37) المحكمة العليا، طعن شرعي 13 - 5 - 1976 مجلة المحكمة العليا س13 ع1 ص 30 =

ومن شروطه أيضاً فإن «الإقرار بالنسب أو الادعاء به في الزواج الصحيح من شروطه ألا تكون الزوجة حاملاً في العدة»⁽³⁸⁾.

أنواعه:

تقسم المحكمة الإقرار إلى عدة أنواع قائلة «إن الإقرار بالنسب على نوعين: الأول إقرار بثبوت نسب المقر له من المقر ابتداء ثم يتعداه إلى غيره، كإقرار شخص بأن فلاناً ابنه، ويتبع ذلك أن يكون المقر له أخاً لأولاد المقر وهو إقرار ليس فيه حمل النسب على غير المقر، ويشترط لصحته في ثبوت النسب أن يكون الولد مجهولاً نسبه، وأن يكون ممكناً ثبوت نسبه منه، بأن يكون ممكناً بأن يولد مثله للمقر، وأن يصادق المقر له على هذا الإقرار. والنوع الثاني هو الإقرار بثبوت نسب المقر له من غير المقر ابتداء، وهو إقرار فيه حمل النسب على غير المقر ابتداء ثم يتعدى إلى المقر نفسه، كأن يقر شخص بأن فلاناً أخوه، فيجعله ابناً لأبيه وأخاً له نفسه، ولا يصلح هذا الإقرار سبباً لثبوت النسب إلا إذا صدق من حمل النسب عليه، فيقر الأب بأن فلاناً هذا ابنه، أو أن يثبت هذا النسب بالبينة، على أن هذا الإقرار الذي فيه حمل النسب على الغير وإن لم يصلح سبباً لثبوت النسب إلا بتوافر أحد هذين الأمرين المذكورين إلا أن المقر يتعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التي ترجع إلى المقر نفسه كالتزامه بنفقة المقر له إذا كان فقيراً وكان المقر موسراً»⁽³⁹⁾، وهذا «النسب بعد أن يثبت بالإقرار فلا يقبل من المقر به نفيه بعد ذلك»⁽⁴⁰⁾؛ لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته.

على أن هناك ملاحظة يجب الانتباه إليها وهي أن «الحكم النهائي

= وانظر في هذه الشروط أيضاً المحكمة العليا، طعن شرعي 2 - 6 - 1990 مجلة المحكمة العليا س 25 ع 1، 2 ص 20.

(38) المحكمة العليا، طعن شرعي 12 - 6 - 1993 الطعن رقم 46/42 ق (غير منشور).

(39) المحكمة العليا، طعن شرعي 5 - 1 - 1978 مجلة المحكمة العليا س 14 ع 3 ص 19.

(40) المحكمة العليا، طعن شرعي 31 - 1 - 2002 الطعن رقم 37 / 48 (غير منشور).



برفض دعوى النسب لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه، لأن القاعدة الشرعية أن النسب لا يعجز فيه . فيصح دائماً لمن يدعي النسب تجديد دعواه طالما أنه لم يصدر حكم قضائي بثبوت بنوة طالب النسب إلى شخص آخر، ولا يحول دون ذلك ترتب آثار مالية باستقرار أنصبة بعض الورثة في التركة، بل تتغير هذه الأنصبة تبعاً للحكم الأخير الذي يصدر في دعوى النسب»⁽⁴¹⁾، كما أن دعوى النسب لا ينال منها التقادم، حيث قضت المحكمة العليا بأنه «ليس لدعوى النسب أجل تسقط فيه»⁽⁴²⁾.

وقد يقع الإقرار في حياة الأب، وقد يكون بعد وفاته وفي هذا قضت المحكمة العليا بأن «دعوى الطاعنة في واقعة الحال في حقيقتها دعوى بأصل نسب الطفل إلى زوجها المتوفى... في مواجهة إخوته المقربين بأخوتهم له، وكان من المقرر أن هذه الدعوى لا تسمع إلا إذا كانت في ضمن حق آخر لأن المدعى عليه إذا كان ميتاً كان في حكم الغائب، والغائب لا يصح القضاء قصداً، ويصح تبعاً ولأن النسب هذا لا يقصد لذاته، بل لما يترتب عليه من حقوق كالنفقة والإرث وغيرهما، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى وكان عليه أن يقضي بعدم قبولها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، لأن عدم القبول لا يمنع الطاعنة من أن تقيم دعوى ثبوت نسب وليدها... على إخوته شريطة أن تكون الدعوى ضمن حق آخر»⁽⁴³⁾.

وهذا الإقرار كما يمكن أن يكون صريحاً، يمكن أن يكون ضمناً وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه تبين «من مدونات الحكم الجزئي المؤيد

(41) المحكمة العليا، طعن شرعي 22 - 5 - 1957 قضاء المحكمة العليا الاتحادية - القضاء المدني - ح 1 ص 251.

(42) المحكمة العليا، طعن شرعي 22 - 5 - 1957 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا - مدني - ح 1 ص 166.

(43) المحكمة العليا طعن شرعي 25 - 5 - 1988 مجلة المحكمة العليا س 24 ع 4، 3 ص 9.

لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت نسب ابن المطعون ضدها موضوع الطعن على قوله، وحيث إنه قد ثبت المولود... إلى أبيه... من إقرار الزوج به صراحة ودلالة بأن قام بتسميته... وتسجيله بورقة العائلة وكتيب العائلة أيضاً، وأنه لم ينف نسبه خلال المدة المحددة لنفي النسب في الشريعة الإسلامية وأنه كان عالماً بالحمل كما هو ثابت بمحضر تحقيق النيابة والشرطة في الجنائية رقم 361 لسنة 1985 م ومن اعترافه بمحضر الجلسة بأن زوجته قد أخبرته قبل الوضع بثلاثة أيام أو أربعة أيام بأنها حامل، وهذا يؤكد علمه بالحمل وأنه لم ينف النسب، وحيث إنه استناداً لما تقدم ذكره فإنه قد ثبت للمحكمة جزماً و يقيناً بثبوت نسب... ابن الزوجة... المسمى... إلى والده... باعتباره ابناً شرعياً وكان هذا الذي أورده الحكم المطعون فيه في مقام التدليل على ثبوت نسب المولود... من والده الطاعن يتفق وصحيح القانون وقواعد الشريعة الإسلامية، ولا ينال من ذلك ما يثيره الطاعن حول اكتمال أقل مدة الحمل ما دام إقرار الزوج بالمولود صراحةً أو ضمناً فإنه يكفي لحمل قضائه، الأمر الذي يضحى معه نعي الطاعن في غير محله»⁽⁴⁴⁾.

وتؤكد المحكمة العليا على إثبات النسب بواسطة الإقرار سواء أكان صريحاً أو ضمنياً، حيث قضت قائلة «جرى قضاء هذه المحكمة أن الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يكون بالدلالة» وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أورد قوله «إن المحكمة انتقلت بتاريخ 21 - 2 - 1987 ف إلى مقر السجل المدني وبالإطلاع على السجل رقم (5) وورقة العائلة رقم 12 الخاصة بالمنتسب إليه تبين أن المستأنف عليه - الطاعن - مسجل تحت رقم 5 من مواليد 1960 ف تحت اسم... يبلغ من العمر 4 سنوات واسم الأم... وكان هذا الذي أورده الحكم قد تضمن إقرار المنتسب عليه بإلحاق نسب الطاعن»⁽⁴⁵⁾.

(44) المحكمة العليا، طعن شرعي 9 - 5 - 1990 مجلة المحكمة العليا س 25 ع 1، 2 ص 13، 14.

(45) المرجع السابق ص 23.



وقد يكون الإقرار مشتركاً، وهو ما يسمى بالتصادق، وقد اعتمدته المحكمة العليا في إثبات النسب، وفي هذا قضت بأن «هناك تصادقاً بين الزوجين، المستأنفة الأولى ووالد المستأنف عليه على قيام العلاقة الزوجية بينهما، فالزوجة لا زالت على هذا التصادق وهي بصدد تأكيده بردها على كافة الدفوع التي أبداها خصمها مؤكدة صلتها الشرعية بوالده، وأنه أب لبناتها الأربع، ووالد المستأنف عليه قد أقر هو الآخر بشرعية هذه العلاقة بينه وبين المستأنفة الأولى، وأن البنات الأربع هن بناته منها، وذلك طيلة حياته الزوجية وإلى أن توفي في شهر الحرث (نوفمبر) سنة 1985 م إذ لا يوجد في الأوراق ما يفيد على أنه نفى هذه العلاقة و طعن في صحتها أو نفى أو طعن في صحة نسب البنات الأربع منه»⁽⁴⁶⁾.

من يقدر قيمة الإقرار؟

إن محكمة الموضوع هي صاحبة الأمر في ذلك، ومن ثم فإنه «يتعين على المحكمة المطعون في قضائها أن تناقش ما جاء في محضر انتقالها وما أوردته في حكمها مما سبق بيانه، وتتحري من قام بطلب تسجيل الطاعن ضمن ورقة عائلة المنتسب إليه، وأن تبدي رأيها في ذلك بوضوح إيجاباً و سلباً، وإن لم تفعل فإن حكمها يكون معيياً بالقصور في التسيب»⁽⁴⁷⁾.

ولكن هل يشترط في الإقرار أن يتم أمام القاضي لكي ينتج أثره في إثبات النسب؟.

أجابت المحكمة العليا على ذلك بأن «الإقرار في الشريعة الإسلامية له معنى خاص، إذ لا يشترط أن يتم في مجلس القضاء إلا في جرائم الحدود، أما في غير ذلك من المسائل فيكون في أي مكان، وأنه في حالة إنكاره

(46) المحكمة العليا، طعن شرعي . 20 - 6 - 1990 ف مجلة المحكمة العليا س25 ع1، 2 ص21.

(47) المرجع السابق ص23.

يخضع لوسائل الإثبات»⁽⁴⁸⁾. وإثبات النسب بالإقرار لم يتغير فيه موقف المحكمة العليا في ظل القانونيين (مشهور الإمام مالك والقانون رقم 10/1984م).

المبحث الثالث : البيئة

تطلق البيئة ويراد بها معنى عاماً متمثلاً في كل ما يبين الحق ويظهره، سواء أكانت وسيلة الإثبات الشهادة أم غيرها، كما تطلق ويراد بها معنى خاصاً وهي الشهادة⁽⁴⁹⁾، وقد استعملت المحكمة العليا هذا المصطلح قائلة: «لما كان الحكم المستأنف على نحو ما سبق في مقام التدليل على ثبوت فراش الزوجية بين المطعون ضدها ووالد الطاعن طول حياتها وثبوت نسب بناتها منه بالبيئة وهي أقوى الأدلة»⁽⁵⁰⁾، ولكن السؤال المطروح هل اعتمدت المحكمة العليا البيئة بمفهومها الواسع في إثبات النسب لتشمل الشهادة وكل وسيلة أخرى كالتحليل الطبية مثلاً؟.

يبدو من تصفح قضاء المحكمة العليا في مراحلها المختلفة أنها تأخذ بالمفهوم الواسع للبيئة أي بشهادة الشهود وغيرها وإن كانت تختلف في تقديم وسيلة على أخرى وفيما يتعلق بإثبات النسب عن طريق الشهادة قضت المحكمة العليا بأن «شهادة الشهود المطعون ضدها أثبتت أنهم جميعاً يعرفون المطعون ضدها، وهي ابنة... وقد أفاد الشاهد الأول أنه علم بميلادها من الأسبوع الأول لولادتها، وشهد الشاهد الرابع بأنه حضر الاحتفال بميلادها بيت والدها... وحيث إن هذا الذي ساقه الحكم المطعون فيه وأقام عليه

(48) المحكمة العليا، طعن شرعي 31 - 1 - 2002 الطعن رقم 48/37 ق (غير منشور).

(49) نظر النواري، عبد الرحمن، إثبات النسب في ضوء التشريع المغربي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني (لم تنشر) 1993 - 1994 ص 283 - 284.

(50) المحكمة العليا، طعن شرعي 2 - 6 - 1990 مجلة المحكمة العليا س 25 ع 1، 2 ص 22.



قضاء له أصل ثابت في الأوراق، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ويجعله بعيداً عما ينعى به الطاعن عليه من الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال»⁽⁵¹⁾.

كما اعتمدت الشهادة أيضاً في نفيها للنسب قائلة: «متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استعرض أقوال شهود الطاعنين وخلص بأسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق إلى أنه ليس في أقوال هؤلاء الشهود ما يفيد اتصال نسب المدعين بالمتوفى وأن المدعين قد عجزوا عن إثبات النسب وأن المحكمة لم تر الأخذ بما ورد في العلم والخبر المقدم من المدعين كدليل على ثبوت النسب تأسيساً على أن ما ورد بالعلم والخبر لا يجري مجرى الشهادة التي يدلي به أمام المحكمة، وهذا الذي استند إليه الحكم المطعون فيه سائغ، ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ولا مخالفة فيه للقانون، ذلك أن الشهادة المثبتة في هذا العلم والخبر لا تعدو أن تكون شهادة مكتوبة أدلى بها الشاهد أمام مختار المحلة، واقتصر دوره فيها على إثبات ما أدلى به كل من الشاهدين أمامه ولم يكن من سلطته مناقشتها في مضمونها، وبالتالي فإنها لا تعتبر شهادة بالمعنى المقصود قانوناً، لأنها لم تُبد أمام المحكمة في نزاع قائم»⁽⁵²⁾.

ولكن إذا تعذر إثبات النسب بتلك الأسباب القطعية فهل يمكن الالتجاء إلى الأسباب الظنية، وأعني بذلك الخبرة سواء أكانت من قبل أطباء مختصين، أم من ذوي الدراية الأخرى؟.

وضعت المحكمة العليا قيداً على الالتجاء على الأمور الفنية في ظل مشهور الإمام مالك مفاده: «إن المحاكم ملزمة في مسائل الأحوال الشخصية بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك، وما

(51) المحكمة العليا طعن شرعي 11 - 3 - 1999 الطعن رقم 10 / 45 ق (غير منشور).

(52) المحكمة العليا طعن شرعي 5 - 1 - 1978 مجلة المحكمة العليا س 14 ع 3 ص 20.

جرى به العمل من أحكامه، على أنه إذا نص القانون على أحكام شرعية خاصة وجب اتباعها وذلك عملاً بالمادة 17 من قانون نظام القضاء معدلة بالقانون رقم 13/ 1964 ف و لا يسوغ الخروج على حكم هذا النص جرياً وراء رأي فني أو علمي مخالف للمشهور في مذهب الإمام مالك وثبوت النسب وتحديد أقصى مدة الحمل هو من المسائل الموضوعية التي يرجع فيها للمشهور في مذهب الإمام مالك لأن دلالة الرأي الفني وحده دلالة ظنية أياً كانت قوتها من حيث المنطق والعقل، وما عرف باليقين لا يزول بالشك والاحتمال ووسيلة الأخذ به هو تعديل التشريع، وليس من مهمة القاضي الخروج على النص الواضح الصريح.

ولو ثبت مخالفته لأراء الفنين حتى يتم تعديله، وآية ذلك أن أقصى مدة الحمل في المشهور في مذهب الإمام مالك أربع سنوات، وقيل خمس سنوات، وهناك رأي في المذهب بأنها قد تطول عن ذلك دون حد لأقصاها ما دامت المرأة مرتابة في أنها حامل وقد جرت المحاكم الشرعية على تطبيق المشهور في المذهب رغم مخالفته لأراء الفنين في هذا الخصوص، وهو أن أقصى مدة من الوجهة العملية حتى في الأحوال الشاذة النادرة لا تتجاوز 365 يوماً، ذلك لأن مهمة القاضي تطبيق القانون وليس الخروج على أحكامه تحت ستار تفسيره جرياً وراء رأي فني⁽⁵³⁾.

ومن أوجه الخبرة، وإن كانت بدائية، ما قضت به من أن «المطعون ضدها لم تعرض نفسها على النساء للتحقق من الحمل فذلك إنما يكون عند الشك، وهي لم تشك في البداية في وجود حمل بها، فإذا ما ظهر فعلاً وأخبرت به مطلقها، فقد عملت ما يجب عليها ويبقى الأمر بين يديه، وهو إما أن يعترف به وإما أن ينفيه بالطرق الشرعية، وهذا فضلاً عن أن الطاعن قد جاء بعد ذلك وناقض كلامه هذا حيث قال: إنها لم تخبره حتى يتمكن

(53) المحكمة العليا طعن شرعي 13 - 5 - 1976 مجلة المحكمة العليا س 13 ع 1 ص 29.



من الكشف عليها، فجعل عبء هذا الواجب والكشف على مطلقة على عاتقه هو، وليس على المطلقة أن تعرض نفسها للكشف»⁽⁵⁴⁾.

وقضت اعتماداً على التقرير الطبي قائلة إن «تقرير الطبيب الشرعي الذي قرر أن الطفلة موضوع الدعوى لا يمكن أن تكون ابنة الطاعن فإن ذلك يؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها عقلاً ومنطقاً في استخلاص سائغ سليم مبرراً من عيب البطلان والقصور»⁽⁵⁵⁾.

ولكن الرأي الذي يمكن أن يصل إليه الطبيب في موضوع النسب إثباتاً أو نفيًا، وباعتباره خبيراً ليس ملزماً إذ «المحكمة الموضوع مطلق السلطة في تقدير ما أدلى به الخبير من رأي بلا معقب عليها في هذا الصدد، إذ لا رقابة عليها من المحكمة العليا فيما تطمئن إليه من أدلة ومن بينها آراء الخبرة طالما أن ما أخذ به يبرر النتيجة التي انتهت إليها وكان له أصل ثابت في الدعوى»⁽⁵⁶⁾ ولما كانت المحكمة ليست ملزمة أن تأخذ بما وصل إليه التقرير الطبي إثباتاً أو نفيًا فعلياً أن تبرر ذلك الرافض وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه «لا يغير من هذا الأمر ما تجادل به الطاعنة من أن المحكمة المطعون في حكمها عدلت عن قرارها بإحالتها والمطعون ضده والمولود محل النزاع إلى الطبيب الشرعي لبيان فصيلة «دم» كل منهم، ومن أنها كانت حاملاً وقت الطلاق، وأخطرت المطعون فيه بحملها قبل وضعها له، ومن ثم فإنها قامت بالإجراء المنصوص عليه في المادتين (53، 54) من القانون 10/1984 وتكون المحكمة المطعون على قضائها قد أولت نص المادتين

(54) المحكمة العليا طعن شرعي 18 - 4 - 1974 مجلة المحكمة العليا س10 ع4 ص24، 25.

(55) المحكمة العليا طعن شرعي 11 - 3 - 1976 مجلة المحكمة العليا س13 ع1 ص16.

(56) المحكمة العليا، طعن شرعي 25 - 11 - 1976 مجلة المحكمة العليا س13 ع3 ص26

وانظر في هذا المعنى: المحكمة العليا طعن مدني 23 - 3 - 1971 مجلة المحكمة العليا س7 ع4 ص108. المحكمة العليا طعن مدني 7 - 2 - 1983 مجلة المحكمة العليا س20 ع1، 2 ص74.

المذكورتين على غير مقتضاهما حيث إنه فيما يتعلق بعدول المحكمة عن قرارها المذكور فقد تضمن الحكم المطعون فيه سبب عدول المحكمة عن هذا الأمر، هو اقتناعها بأن نتيجة التحليل لا تغير من الأمر شيئاً ولما كانت المادة الخامسة والخمسون من قانون الإجراءات الشرعية تنص على أنه للمحكمة فضلاً عن الحق في تعديل أو إلغاء ما أمرت به من إجراءات الإثبات ألا تأخذ نتيجة هذا الإجراء شرط أن تبين ذلك في أسباب حكمها»⁽⁵⁷⁾.

ولكن «محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على كل الدفوع المطروحة لديها ما دام قد بينت العناصر التي استبانت منها الحقيقة في الدعوى وكانت هذه العناصر مؤدية إلى النتيجة التي وصلت إليها... إذا ما تبينت المحكمة من محضر وقائع الدعوى وظروفها الموضوعية والتقرير المودع في ملف وأقوال زوج الطاعنة كلها عناصر منتجة في الدعوى، وأن التحقيق المطلوب لا يؤثر في هذه النتيجة فإن المحكمة لا تكون ملزمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق على اعتبار أن ما يراد إثباته بالتحقيق غير منتج في الدعوى»⁽⁵⁸⁾، ولكن إذا كانت الخبرة هي الوسيلة الوحيدة للإثبات فإن المحكمة العليا قضت بأن «طلب تعيين خبير في الدعوى وكانت بحسب الأصل من الرخص المخولة لمحكمة الموضوع إلا أنه إذا كان التحقيق بمعرفة أهل الخبرة هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات الادعاء فإنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض طلب التحقيق بلا سبب ظاهر مقبول لأن هذا الرفض مصادرة لوسيلته الوحيدة في الإثبات والتي هي حق له لا يسوغ قانوناً حرمانه منه»⁽⁵⁹⁾.

(57) المحكمة العليا، طعن شرعي 4 - 12 - 1997 الطعن رقم 4 / 44 ق (غير منشور).

(58) المحكمة العليا، طعن شرعي 17 - 11 - 1966 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا - القضاء المدني - ج 1 ص 82 83.

(59) المحكمة العليا طعن مدني 18 - 11 - 1981 مجلة المحكمة العليا س 18 ع 3 / 4 ص 39.



الفصل الثاني نفي النسب

لما كانت المحكمة العليا قد أقرت «أن القواعد المقررة شرعاً في إثبات النسب هي من مسائل النظام العام وأي مخالفة لها تكون باطلة بطلائعاً مطلقاً، لأنها قررت للمحافظة على الإنسان ولحماية الورثة ولدرء المفاسد»⁽⁶⁰⁾ وبقدر ما يتوق الشارع لرؤية إنسان ذي نسب معروف، فإنه من زاوية أخرى منع الإسلام وحذر من أن يلحق الإنسان بغير أصله، سواء أكان من قبل الزوجة أم من قبل الزوج، أو من الغير، أو أن يقوم بنفيه إلا إذا كانت لديه من الأسباب والضوابط ما تجعله قادراً على إثبات ادعائه، ولكن هذه الوسائل سواء أكانت إثباتاً أو نفياً لم تترك أحكامها لإرادة الأفراد، بل تدخل المشرع وسنّها لها الأحكام التي تقضي في هذه الأمور.

وقد عالجتنا في الفصل الأول من هذا البحث الأسباب المؤدية إلى الإثبات، أما هذا الفصل فسيكون متعلقاً بوسائل نفي النسب، كما قضت به المحكمة العليا، ويقسم إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول: انعدام العقد، المبحث الثاني: اختلال الإقرار، المبحث الثالث: اللعان.

المبحث الأول: انعدام العقد

إن العقد لكي تكتمل صورته الشرعية وتترتب عليه الآثار كما أقرها المشرع، ومن ضمنها النسب، يجب أن تتحقق الشروط والأركان، ولكن إذا فقدت جميعها أو بعض منها فإن هذا الفقدان سيكون له أثر في موضوع نفي النسب حسب نوع الخلل، والخلل له صور متعددة منها:

انعدام العقد أصلاً:

وفي هذا قضت المحكمة العليا بأن دعوى «الطاعنة أقامتھا ضد

(60) المحكمة العليا، طعن جنائي 6 - 11 - 1973 مجلة المحكمة العليا س 10 ع 2 ص 130.

المطعون ضدهم ذكرت بها أنها اتفقت مع المطعون ضده الرابع على الزواج، وبناءً على هذا الاتفاق وقبل توثيق عقد الزواج بينهما اختلى بها المطعون ضده المذكور وعاشرها معاشرة الأزواج ونتج عن هذا الاتصال حمل، وسجلت ضدها دعوى جنائية وقد اعترفا في التحقيق فيها بارتكابهما لفعل الجماع دون أن يكون عقد شرعي بينهما، وبعد أن وضعت حملها تم العقد عليها من المطعون ضده المشار إليه وانتهت إلى طلب إلزام المطعون ضدهم بتسجيل المولودة محل الدعوى في السجلات الرسمية باسم المطعون ضده الرابع استناداً إلى إقراره بأبوته لها.

لما كان ذلك وكان الحكم المستأنف المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى قوله (وحيث إن المحكمة وهي تناقش وقائع الدعوى وأسانيدها قد تبين لها أن الدعوى لا سند لها من الواقع والقانون حيث لم يثبت وجود عقد صحيح أو فاسد ولا توجد شبهة في واقعة اتصال المدعي عليه الرابع بالمدعية كما أن الثابت لمحاضر التحقيقات أن المدعية قد أقرت بأن المدعي عليه الرابع قد وعدّها بالزواج، ولم تنكر وجود عقد زواج بينهما، كما أن المدعي عليه الرابع قد أقر بأنه قد أتى فعل الزنا بالمدعية، وقد حملت منه، ولم يذكر وجود عقد زواج بينهما، من كل ذلك يكون الحمل الذي وضعته المدعية قد جاء نتيجة فعل الزنا⁽⁶¹⁾.

وتقضي المحكمة في هذا السبب أيضاً قائلة: (إنما ساقه الحكم المطعون فيه... لا يواجه دفاعها من أنه لا توجد بينها وبين المطعون ضده أية رابطة زوجية مشروعة، وأن علاقتها هي زنا محض لا يترتب عليها نسب يفيد الأم مما كان يتعين معه على المحكمة المطعون على قضائها أن تتأكد من أن العلاقة بين الطرفين كانت علاقة شرعية، وهي التي كانت ثمرتها الوليدة محل التقاضي من عدمه ثم تفصل في النزاع المتعلق بآثار هذه العلاقة

(61) المحكمة العليا، طعن شرعي 7 - 12 - 2000 الطعن رقم 42 / 46 ق (غير منشور).



على ضوء ما يتبين لها بعد ذلك . . . وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في الحقوق المترتبة على الحضانة دون التأكد من ثبوت نسب المحضونة إلى المطعون ضده بعد أن دفعت الطاعنة بأن ارتباطها معه كان زنا محض فإنه يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون والقصور في التسبيب ويتعين نقضه»⁽⁶²⁾. وتقضي أيضاً في هذا السياق بأنه «ما كان للنسب أن يثبت إلا عن طريق واحد طبيعي وقانوني، هو ثبوت أو عدم ثبوت زوجية أم الطالبة شرعاً إلى من تدعي البنوة إليه، فإذا كانت الزوجة قد توفيت أو أهملت زوجيتها الشرعية إليه، أو لم تكن زوجيتها محل منازعة في حياتها فإن حق ابنتها في النسب لا سبيل إلى ثبوته إلا بإثبات زوجية أمها لأبيها عندما حملتها منه»⁽⁶³⁾.

انعدام شرط من شروط إثبات النسب:

كما إذا فقد شرط أقصى مدة الحمل، وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه «لا يثبت نسب الولد إلى أبيه إذا وضعته أمه بعد أقصى مدة الحمل»⁽⁶⁴⁾.

مع ملاحظة أن هناك خلافاً في المدة الأعلى ففي ظل العمل بمشهور الإمام مالك أربع أو خمس سنوات، أما القانون رقم 10 / 84 فإن شرط المدة ألا تزيد عن سنة م (53/م) وتؤكد المحكمة على شرطها بقولها «إن نسب الولد الذي تأتي به المطلقة أو المتوفى عنها زوجها قبل مضي أقصى مدة الحمل وهي سنة من يوم الطلاق أو الوفاة ينسب إلى زوجها المطلق أو المتوفى فإذا كانت ولادته لأكثر من أقصى مدة الحمل لم يثبت نسبه من الزوج»⁽⁶⁵⁾.

(62) المحكمة العليا، طعن شرعي 11 - 7 - 1999 الطعن رقم 45/41 ق (غير منشور).

(63) المحكمة العليا طعن شرعي 4 - 12 - 1997 الطعن رقم 44/4 ق (غير منشور).

(64) المحكمة العليا طعن شرعي 25 - 5 - 1988 مجلة المحكمة العليا س 24 ع 3، 4 ص 9.

(65) المحكمة العليا، طعن شرعي 4 - 12 - 1997 الطعن رقم 44/4 ق (غير منشور).

أو أن يفقد شرط أقل مدة الحمل، وفي هذا قضت المحكمة العليا بقولها: «إنه من المتفق عليه فقهاً وقضاً ووفقاً لما هو منصوص عليه في المادة المذكورة أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر قمرية... والمطعون ضدها ولدت المولودة محل النزاع بعد مدة مائة وسبعة وستين يوماً من تاريخ العقد عليها من الطاعن، أي قبل انتهاء مدة الحمل بثمانية أيام وأقرت أمام النيابة أن حملها كان من زنا مع زوج أختها، وليس من الطاعن الأمر الذي يكون زواجها باطلاً لانشغال رحم الزوجة بحمل من غير الزوج العاقد عليها»⁽⁶⁶⁾. أو انعدام شرط إمكانية التلاقي بين الزوجين لكنه يلاحظ على أن هذا التلاقي مفترض، إذ الأصل أن يحدث، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت دعواه وفي هذا قضت المحكمة العليا بأن «الأصل إمكان التلاقي بين الزوجين وما ثبت على أصله لا يسأل عنه ولا يستغرب ولا يطلب الدليل عليه، وعدم إمكان التلاقي استثناء من الأصل وهو الذي لا بد من إثباته، وعبء إثباته يقع على من يتذرع به»⁽⁶⁷⁾.

وتؤكد المحكمة العليا على هذا النهج بقولها إن «النسب لا يثبت في الزواج الصحيح إلا إذا مضى على عقد الزواج ستة أشهر قمرية، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة»⁽⁶⁸⁾، وإن «الفراس يتحقق بالعقد مع إمكان التلاقي حساً لا عقلاً، وهو رأي الجمهور وبه أخذ القانون»⁽⁶⁹⁾. وتؤكد المحكمة على ذلك قائلة: «أن تمضي ستة أشهر كاملة بين عقد الزواج أو إمكان الوطاء والولادة»⁽⁷⁰⁾.

ولكن هناك ملاحظة يجب الانتباه إليها أن اشتراط الشهور أن تكون

(66) المحكمة العليا، طعن شرعي 12 - 6 - 1993 الطعن رقم 40/6 (غير منشور).

(67) المحكمة، طعن شرعي 29 - 6 - 1988 مجلة المحكمة العليا س 24 ع 3، 4 ص 21.

(68) المحكمة العليا، طعن شرعي، 7 - 12 - 2000 الطعن رقم 42 / 46 (غير منشور).

(69) المحكمة العليا، طعن شرعي 29 - 6 - 1988 مجلة المحكمة العليا س 24 ع 3، 4 ص 21.

(70) المحكمة العليا، طعن شرعي 13 - 5 - 1976 مجلة المحكمة العليا س 13 ع 1 ص 30.

كاملة يتناقض مع مبدأ صدر بعده وقضى بإمكانية أن تكون بعض الشهور ناقصة، وحددت الستة الأشهر كما ورد في مشهور الإمام مالك بـ (175) يوماً⁽⁷¹⁾.

المبحث الثاني: اختلال الإقرار

إذا كانت وسيلة الإثبات في النسب هي الإقرار، فمتى انعدم الإقرار أصلاً، أو اختل شرط من شروطه المؤثرة فإن النسب لا يثبت به.

ونعني بانعدام الإقرار، كما لو صرح بالزنا، وفي هذا تقول المحكمة العليا «من شرط الإقرار ببنوة مجهول النسب لكي يعتد به شرعاً في إلحاق نسب المقر له ألا يصرح المقر بأن هذا الولد ثمرة زنا»⁽⁷²⁾.

وقضت كذلك بقولها «لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي انتهى إلى رفض دعوى الطاعنة بإثبات نسب المولودة إلى الطاعن دون أن يناقش أياً من الحكمين الإقرار المنسوب إلى الطاعن، والمتضمن إقراره بأبوته للوليدة محل النزاع، وعما إذا كان هذا الإقرار تتوفر فيه الشروط الشرعية التي يترتب عليها إلحاق نسب المقر له بالمقر من عدمه، مع أن هذا الأمر من الأمور الجوهرية في دعوى النزاع الذي لو صح هذا الإقرار لتغير وجه الرأي في الدعوى، متى كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قاصر التسيب بما يوجب نقضه، ولا يغير من هذا الأمر ما أورده الحكم المستأنف من الطاعنة أقرت بارتكابها لفعل الزنا قبل العقد عليه من الطاعن، لأنه لم يتعرض لما إذا كان قد ترتب على هذا الفعل الحمل الذي كانت ثمرته الوليدة محل الدعوى من عدمه، كما خلت مدونات الحكم المطعون فيه من بيان ذلك»⁽⁷³⁾. وتؤكد المحكمة العليا على

(71) انظر المحكمة العليا، طعن شرعي 18 - 6 - 1993 الطعن رقم 40/6 (غير منشور).

(72) المحكمة العليا، طعن شرعي 7 - 12 - 2000 الطعن رقم 42 / 46 ق (غير منشور).

(73) المحكمة العليا، طعن شرعي 22 - 2 - 2001 الطعن رقم 35 / 47 ق (غير منشور).

أن الإقرار بالنسب لا أثر له إلا إذا توافرت شروطه الشرعية فقضت قائلة: لما «كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه بإثبات نسب المولودة إلى الطاعن على سببين من أسباب ثبوت النسب وهما الزواج الصحيح، والإقرار بالنسب، ولكل منهما شروطه الخاصة به... ولا أثر في هذه الحالة لإقرار الزوج بمعاشرة زوجته معاشرة الأزواج بعد العقد، وعدم نفيه للنسب في المدة المحددة شرعاً، إذ إن وضع الزوجة للمولودة قبل مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج لا يثبت نسب المولودة إلى الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه، وحيث أضحي هذا النسب غير قائم في هذا النزاع لعدم توفر شروطه الشرعية»⁽⁷⁴⁾.

ومن أوجه اختلال الإقرار إذا اختلت شروط صحته أو بعض منها، وفي هذا قضت المحكمة العليا «أن الإقرار بالنسب على نوعين الأول إقرار بثبوت نسب المقر له من المقر ابتداءً، ثم يتعداه إلى غيره... ويشترط لصحته في ثبوت النسب أن يكون الولد مجهولاً نسبه، وأن يكون ممكناً ثبوت نسبه منه بأن يكون ممكناً أن يولد مثله لمثل المقر، وأن يصادق المقر على هذا الإقرار»⁽⁷⁵⁾.

ومن الشروط التي يجب أن تتحقق و إلا سقط الاعتماد على الإقرار كدليل، أن يكون المقر «وقت الإقرار من أهل التصديق بأن يكون مميزاً»⁽⁷⁶⁾، وأعتقد أن الذي ينطبق عليه في موضوع التمييز المادة (6) من القانون رقم (10) / 1984 لأنه أثر من آثار الزواج.

ومن صور انعدام شرط الإقرار إذا لم يكن متأكداً من إقراره، فقد قالت المحكمة العليا إن: «وضع المطعون ضدها المولودة المذكورة بتاريخ 10 - 3

(74) المحكمة العليا، طعن شرعي 12 - 6 - 1993 الطعن رقم 6 / 40 ق (غير منشور).

(75) المحكمة العليا طعن شرعي 5 - 1 - 1978 مجلة المحكمة العليا س15 ع 3 ص23.

(76) المحكمة العليا، طعن شرعي 3 / 5 / 1976 مجلة المحكمة العليا س13 ع1 ص30.



- 1995 قد حصل في خلال مدة الحمل المقررة قانوناً - أي في أقل من سنة من تاريخ انتهاء العلاقة بينهما - وعليه فإن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه عندما قضى بثبوت نسب الطفلة المذكورة إلى والدها الطاعن قد طبق القانون تطبيقاً سليماً، ولا ينال من ذلك إقرار المطعون ضدها لعدم وجود حمل أثناء إثبات اتفاقهما على الطلاق لأن إقرارها بذلك قد حصل بعد آخر تلاق بينهما بفترة وجيزة، وهو ما قد يخفى على المرأة⁽⁷⁷⁾.

ومن صور انعدام شروط الإقرار أيضاً ما قضت به المحكمة العليا تطبيقاً لنص المادة (55/ب) قائلة: «إنما تدعيه الطاعنة من أنها قامت بالإجراء المنصوص عليه في المادة الخامسة والخمسين وهو إبلاغ المطعون ضده لحملها منه فور إحساسها به، وخلال فترة عدتها غير صحيح، إذ إن الإجراء المعتقد به والمنصوص عليه في المادة سالفه الذكر أن يكون عن طريق المحكمة المختصة، وفي مواجهة ذوي الشأن، ولم تذكر الطاعنة ذلك وتقدم ما يثبت قيامها به، وقد أكد المطعون ضده أنها لم تخبره بحملها إلا بعد مضي سنة ونصف من تاريخ الطلاق، ومن ثم فإن هذا النص هو الآخر لا سند له من الأوراق»⁽⁷⁸⁾...

المبحث الثالث: اللعان

استقر قضاء المحكمة العليا على أن الزوج إذا لاعن زوجته فإن ذلك يعد سبباً لنفي النسب، سواء في ظل العمل بمشهور الإمام مالك، أو كان تطبيقاً لنصوص قانون الزواج والطلاق رقم 10 / 1984م، ولكن الذي يجب ملاحظته أن المحكمة العليا قد أقرت ضوابط قوية لتطبيق أحكام اللعان ولم تتركه لإرادة الأفراد تستعملها متى شاءت.

وأحكام اللعان هذه تنطبق على الحمل، وعلى من تم وضعه بالفعل،

(77) المحكمة العليا، طعن شرعي 16 / 7 / 1998 الطعن رقم 26 / 44 ق (غير منشور).

(78) المحكمة العليا، 4 - 12 - 1997 الطعن رقم 4 / 44 ق (غير منشور).

وقد بينت المحكمة العليا ذلك بجلاء قائلة: «كان الواقع في الدعوى أن الطاعن طلب في دعواه الماثلة أمامه ملاءنة زوجته المطعون ضدها، وذلك بنفي نسب حملها إليه مما كان يتعين معه على المحكمة المطعون على حكمها ومن قبلها محكمة أول درجة المؤيد حكمها بالحكم المطعون فيه أن تبحث ما إذا كانت دعوى اللعان قد رفعت إليها في الميعاد المحدد قانوناً من عدمه، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حددوا زمناً معيناً يجب أن ترفع فيه دعوى اللعان ونفي النسب، فإن تأخر رفعها عن الزمن المحدد لها حكم بسماع الدعوى، وإن رفعت الدعوى خلاله حكم بقبولها وأمكن لمحكمة الموضوع بعد ذلك الخوض في موضوع الدعوى»⁽⁷⁹⁾، ودعوى اللعان ترفع من «الزوج إذا رمى زوجته أو مطلقتها رجعيّاً بالزنا أو بنفي الولد»⁽⁸⁰⁾.

شروط اللعان:

أن ترفع الدعوى خلال المدة المحددة لللعان أو ما اصطلح عليه بالفور، وهذا ما قضت به المحكمة العليا قائلة «لما كان الفقهاء قد اشترطوا في الملاءنة الفورية، وكان الوضع قد تم في 17/1/1972 وطلب الملاءنة قد أبدى في جلسة 30/10/1975 م ومن حيث أن القاضي لا يحكم باللعان بعد السكوت على الوضع، لأن تأخير اللعان بعد العلم بالوضع أو الحمل بيوم أو يومين بلا عذر في التأخير يمنع اللعان، إذ المشهور في مذهب الإمام مالك رضي الله عنه أنه يعتبر اليوم طويلاً ينافي الفورية ويمنع اللعان، ما لم يوجد عذر للتأخير»⁽⁸¹⁾، ولكنه بعد صدور القانون رقم 10/1984 حدث تطور في قضاء المحكمة العليا فيما يعلق بالزمن الذي يجب أن ترفع خلاله دعوى اللعان، وحددته بثلاثة أيام وفي هذا حكمت بأنه «من المقرر

(79) المحكمة العليا، طعن شرعي، 15 - 2 - 2001 الطعن رقم 47/28 ق (غير منشور).

(80) المحكمة العليا، طعن شرعي 25 - 3 - 1981 مجلة المحكمة العليا س 17 ع 4 ص 9.

(81) المحكمة العليا، طعن شرعي 24 - 6 - 1976 مجلة المحكمة العليا س 14 ع 1 ص 14.



بأن أبا حنيفة يشترط لإجراء اللعان بين الزوجين لنفي النسب أن ينفي الزوج الولد عند الولادة، أو في مدة التهنئة، وروي عنه تقديرها بثلاثة أيام، كما روي عنه تقديرها بسبعة أيام جرياً على أعراف الناس، وعاداتهم وقدر صاحبان محمد وأبو يوسف أيام التهنئة بمدة النفاس وهي أربعون يوماً، فكما يكون للزوج أن ينفي الولد عند الولادة يكون له أيضاً الحق في نفيه ما دام أثرها باقياً، وقال المالكية لو أصر الزوج نفي الولد ثلاثة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بدون عذر، ثبت نسبه منه ولا يجري اللعان بينه وبين زوجته لاتفائه عنه ووجهة أبي حنيفة أن نفي الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التفكير والتروي قبل الإقدام عليه إذ ربما ينفي نسبه وهو منه، أو يعترف به وهو ليس منه، وكلاهما لا يحل شرعاً، ورأي أبي حنيفة في هذه المسألة وهو ثلاثة أيام لمدة التروي والتفكير في إحدى رواياته هو الأكثر ملائمة لنصوص أحكام قانون الزواج والطلاق⁽⁸²⁾.

وتؤكد المحكمة العليا على نهجها الجديد بقولها: «كان البين من مدونات الحكم الجزئي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه، أنه أقام قضاءه بثبوت نسب ابن المطعون ضدها موضوع الطعن على قوله «وحيث إنه قد ثبت نسب المولود... إلى أبيه... من إقرار الزوج به صراحة ودلالة بأن قام بتسميته... وتسجيله بورقة العائلة وكتيب العائلة أيضاً، وأنه لم ينف نسبه خلال المدة المحددة لنفي النسب في الشريعة الإسلامية، وإن كان عالماً بالحمل كما هو ثابت بمحضر تحقيق النيابة والشرطة في الجنائية رقم 361 لسنة 1985 م ومن اعترافه بمحضر الجلسة بأن زوجته قد أخبرته قبل الوضع بثلاثة أيام أو أربعة بأنها حامل وهذا يؤكد علمه بالحمل وأنه لم ينف النسب، وحيث إنه استناداً إلى ما تقدم ذكره فإنه قد ثبت للمحكمة جزمًا بثبوت نسب... ابن الزوجة... المسمى... إلى... والده... واعتباره ابناً شرعياً» وكان هذا الذي أورده الحكم المطعون فيه في مقام التدليل على

(82) المحكمة العليا س 24 ع 3، 4 ص 13.

ثبوت نسب المولود... من والده الطاعن يتفق وصحيح القانون وقواعد الشريعة الإسلامية»⁽⁸³⁾.

ومن شروط اللعان أيضاً أن يقع من الزوج على زوجته أو مطلقة من طلاق رجعي، وفي هذا قضت المحكمة العليا «أن المادة 8 من القانون رقم 52 - 74 في شأن حد القذف قد أوجبت في فقرتها الأولى اللعان على الزوج إذا رمى زوجته أو مطلقة طلاقاً رجعياً بالزنا أو نفي الولد»⁽⁸⁴⁾.

الخاتمة

من السرد المتقدم لما قضت به المحكمة العليا يتضح لنا أهمية ما قامت به والمتمثل في الآتي:

- (1) تفسيرها لأقل مدة الحمل بـ 175 يوماً، وأعتقد أن هذا يتمشى مع منهج المشرع الليبي الذي يتوق لرؤية الإنسان وقد ثبت نسبه.
 - (2) إقرارها للمبدأ العام القاضي بأن يكون أصل الحمل والولادة مشروعاً، وأعتقد أن هذا أمر مهم بسبب اضطراب الصياغة في نصوص أحكام النسب.
 - (3) إطالتها للمدة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى اللعان من يوم أو يومين في ظل العمل بمشهور الإمام مالك، إلى ثلاثة أيام تمشياً مع منهج المشرع الليبي في القانون رقم 84/10 م.
- ولكن هناك بعض الملاحظات نود إثارتها:

أولها: إن هذه الولادة والأحكام المترتبة عليها في ظل الولادة والحمل الطبيعيين، ولكنه بسبب التقدم العلمي حدثت أمور نتمنى من المحكمة العليا

(83) المحكمة العليا، طعن شرعي 9/5/1990 مجلة المحكمة العليا س25 ع1، 2 ص13، 14.

(84) المحكمة العليا، طعن شرعي 25/3/1981 مجلة المحكمة العليا س17 ع4 ص9.



أن تعد لها العدة، منها ما يتعلق بإمكانية الحياة للأطفال الذين يولدون قبل 175 يوماً أي عدد الأسابيع التي يمكن أن تتحقق معها حياة المولود فهناك انخفاض في الأسابيع حسب آراء أطباء الأطفال.

ولكن المحكمة العليا اشترطت [25] أسبوعاً ولعل رؤيتها هذه مبينة على الغالب، أو على من يولد ويعيش ولكن طب الأطفال يؤكد على أن الحياة يمكن أن تتحقق إذا تمت قبل هذه المدة بقليل، وخاصة إذا تم في مراكز متقدمة.

ثانيها: هل هذه المدة [175] يوماً تعتبرها قاعدة آمرة من قواعد النظام العام لا يمكن الحكم بخلافها، وهل يستساغ القول إذا كانت هذه المدة مبينة على اجتهاد من قبل المحكمة

ثالثها: هناك أنماط جديدة من الحمل والولادة لم تكن معهودة من قبل، مثل التلقيح الاصطناعي وبنوك النطف وبنوك الأجنة وبنوك البيضات والاستنساخ البشري ومعرفة النسب عن طريق فحص فصائل الدم والبصمة الوراثية، وكل منهما أصبح أمراً واقعاً.

لذلك نأمل من المحكمة العليا أن تفكر فيها جلياً.
والله الموفق.