

النسب

موضوع رقم (١٥)

أقل مدة الحمل - أقصى مدة الحمل

إثبات الولادة ونوع المولود

٢٢٣- أقل مدة الحمل :

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا هي ستة أشهر قمرية، لقوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۖ ﴾^(١)، وقوله جل شأنه ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(٢)، فقد دلت الآية الأولى على أن الحمل والفصال ثلاثون شهرا، ودلت الآية الثانية على أن الفصال أى الفطام عامان، وبإسقاط المدة الثانية من المدة الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير.

ويؤيد هذا الاستنتاج ما روى من أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر من تاريخ الزواج، فرفع أمرها إلى عثمان رضى الله عنه فهم بإقامة الحد عليها، فقال له ابن عباس رضى الله عنهما: «إنها لو خاضتكم بكتاب الله لخصمتكم» أى غلبتكم قال تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۖ ﴾ وقال: ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾، فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فمنع عثمان الحد عنها^(٣)، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك وإذا اعتبرت

(١) سورة الأحقاف - الآية (١٥).

(٢) سورة لقمان - الآية (١٤).

(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢١١ - وقد أفتت دار الإفناء المصرية بتاريخ ١٤/٨/ ١٩٦١ فى الطلب رقم ٧٩٥ لسنة ٨٦٨ بأن:

«المنصوص عليه شرعا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ

ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۖ ﴾ ولقوله تعالى: ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فبقى للحمل ستة أشهر وأنه إذا=

هذه المدة في درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات، اعتبرت أيضاً في إثبات النسب لأنه مما يحتاط في إثباته محافظة على النسل وصيانة للعرض.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، ورتب الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً، وأساس الأخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة في زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج، لما هو مجمع عليه من أنها أقل مدة للحمل أخذاً بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ وقوله تعالى:

﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ فبإسقاط مدة الفصال الواردة في الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال الواردة في الآية الأولى يتبقى للحمل ستة أشهر، وفرع الفقهاء على ذلك أنه إذا تزوج رجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من زواجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه، ومن الراجح في مذهب الحنفية سريان هذه القاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا، فيحق للزاني أن ينكح مزنيته الحبلية منه ويحل له أن يطأها في هذا النكاح ولكن لا يثبت الولد منه إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام».

(طعن رقم 18 لسنة 45 - جلسة 1976/11/3)

٢- «الفراش. ماهيته - النسب يثبت بالفراش. الزنا لا يثبت نسباً. وجوب أن تكون ولادة الزوجة أو المطلقة لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج

= تزوج رجل بامرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه منه، لأن الحمل سابق على النكاح فلا يكون منه وفي حادثة السؤال تزوج السائل بزوجه ثيب ثم وضعت حملها بعد زواجه بها بأقل من ستة أشهر، وعلى ذلك فلا يثبت نسب هذا المولود من السائل.... الخ».

علة. ذلك. زواج الزانى بمزنيته الحبلى منه. لا يثبت الولد منه إذا أنت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام».

(طعن رقم 69 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/23)

٣- «المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش الذى يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة... وفى حالة قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقاً أو بالغاً ثبت نسبه من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما:- أن يكون نفية وقت الولادة وثانيهما:- أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه، ويشترط لصحة اللعان أن يكون كل من الزوجين أهلاً له عند ابتداء الحمل بالولد وأن يكون فى حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً وأن ينفى الزوج الولد عند ولادته، وألا يكون قد أقر به صراحة أو ضمناً وأن يكون الولد حياً عند الحكم بنفى النسب. وكان الأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد لما كان ذلك، وكان الواقع فى الدعوى قيام الزوجية الصحيحة والتلاقى بين الزوجين، وأن الطاعنة أتت بالصغير «.....» لأكثر من ستة أشهر من تاريخ زواجها بالمطعون ضده، ومن ثم فإن ثبوت نسب الصغير إليه بالزواج الصحيح يكون قد توافرت شرائطه وإذ يبين من الأوراق أن المطعون ضده لم ينف نسب الولد إليه عند ولادته، وقد استمرت العلاقة الزوجية بينه وبين الطاعنة بعد ذلك ولم يلاعنها، ومن ثم فلا ينتفى نسبه منه، وإذ خالف الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بنفى نسب الصغير «.....» إلى المطعون ضده فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 969 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/11/12)

٤- «من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغاً ثبت نسب الولد من الزواج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة. وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما: أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه فرق القاضي بينهما ونفى الولد من أبيه وألحقه بأمه، والأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأى وجه حملا لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد.

لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه وبين الطاعنة بتاريخ ١٩٩٩/٢/٥٥ وأنها قد أتت بصغيرتها - آية - بتاريخ ١٩٩٩/١٠/٠٠ أى بعد ما يزيد على سبعة أشهر من وقت زواجها وكان يتصور الحمل منه ولم يقم بنفى نسب المولودة إليه عقب ولادتها مباشرة ولم يلاعن امرأته، ومن ثم فلا ينفى نسبها منه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من نفي نسب الصغيرة إليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

(طعن رقم 311 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2009/3/10)

٥- «وحيث إن النعى في هذا الشأن غير سديد ذلك بأن المقرر في فقه الشريعة الإسلامية وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالفراش وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغاً ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة ولا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة وثانيهما: أن يلاعن امرأته فلا ينتفى نسبها منه فضلا عن أن الأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فيثبت من الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها حملا للمرأة على الصلاح وإحياء للولد، لما كان ذلك، وكانت الزوجية الصحيحة ثابتة وقائمة بين الطاعن والمطعون ضدها منذ ١٩٩٢/١/٢١ حتى تاريخ طلاقها في ١٩٩٣/٩/٢٨ وأنها

قد أتت بالصغيرة بتاريخ ١٢ / ١٠ / ١٩٩٣ أى بعد ما يزيد على تسعة أشهر من وقت زواجها وكان يتصور الحمل منه ولم يقد بنفى نسب المولودة إليه عقد ولادتها مباشرة ومن ثم فلا ينتفى نسبها منه وإذ اعتنق الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يغير من ذلك ما استترد إليه الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه تزيدا بأسبابه بأن الطاعن لم يلاعن المطعون ضدها حالة أنها مطلقة إذ يستقيم الحكم بدونها ويكون ما ذهب إليه الطاعن غير منتج ويضحى الطعن برمته على غير أساس ولما تقدم يتعين رفضه».

(طعن رقم 229 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2010/3/9)

٢٢٤- أقصى مدة الحمل :

اختلف الفقهاء فى تحديد أقصى مدة الحمل اختلافاً واسع المدى، لعدم وجود نص من الكتاب ولا من السنة يدل على أقصى مدة الحمل.

فقدرته الحنفية بسنتين هجريتين استناداً إلى ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت «ولا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل» تريد أن الجنين لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عمود المغزل، وفى لفظ آخر «لا يكون الحمل أكثر من سنتين»، وهذا لا يعرف إلا سماعاً إذ ليس للعقل فيه مجال فكأنها روته عن النبى عليه السلام^(١).

وقدرها الشافعية بأربع سنوات ووافقهم المالكية فى المشهور عندهم^(٢) وفى القول الآخر أنها خمس سنوات وهناك من يزيد على ذلك.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٢.

(٢) ودليل هذا ما روى الدار قطنى عن مالك بن أنس قال هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن، فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين. وما جاء من حكايات منها: ما روى أن الضحاك بقى فى بطن أمه أربع سنوات، وأن محمد بن عبد الله بن الحسن بن على وإبراهيم بن نجيح العقيلي بقى كل منهما فى بطن أمه أربع سنين، وقد حكى ذلك أبو الخطاب وأنه متى تقرر وجود ذلك وجب أن يحكم به، ولا يزداد عليه لأنه هو الذى وجد ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن هذا إلا لأنه غاية الحمل.

وقدرها داود الظاهري بتسعة أشهر، ومحمد بن الحكم من فقهاء المالكية بسنة.

وقال ابن رشد في هذه المسألة «وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن الحكم والظاهرية من أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلاً»^(١).

وسنرى أن المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ نص في مادته الخامسة عشرة على أن 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 والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة.
(أنظر بندى ٢٢٢، ٢٤٣).

٥٥٥- إثبات الولادة:

إذا ادعت المرأة أنها ولدت، فلما أن يصدقها الرجل أو لا يصدقها، فإذا صدقها ثبت النسب إذا توافرت شروطه.
وإن لم يصدقها وقال أنها لن تلد، وأن ما تدعى ولادته لقيط، فإن الولادة تثبت على النحو التالي.

(أ) إذا كانت الولادة أثناء قيام الزوجية:

ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا كان الحبل ظاهراً ومعروفاً بأماراته التي توجب غلبة الظن عند كل من يراها بأنها حامل، أو كان الزوج معترفاً بوجوده، أو ورثته بعد وفاته، فلا تحتاج المرأة إلى إثبات، ويكفى قول المرأة نفسها لأن الحمل المفضى إلى الولادة ثابت بظهور أماراته أو الاعتراف، فيثبت ما يفضى إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة عنها.

بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الولادة تثبت بشهادة امرأة من أهل العدالة، سواء كان الحمل ظاهراً أم لا، اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أو لا، لأن الفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٨ طبعة خامسة ١٤٠١هـ - ١٤١١م ص ٢٥٨.

إثبات، وتكفى فيها شهادة المرأة المقبولة الشهادة، لأنها ليست شهادة على ثبوت النسب فإن ثبوت النسب هنا لا يحتاج إلى شهادة ما دامت الزوجية قائمة، والولادة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال كالبكارة والثيوبه وعيوب النساء لأنه لو اشترط في إثبات ذلك نصاب الشهادة الكاملة المعتادة لأدى ذلك إلى الحرج بالوالدات والحر ج مرفوع شرعا، وقد ثبت أن النبي عليه السلام أجاز شهادة القابلة وروى عن الزهرى أنه قال (ومضت السنة بجوار شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن).

وقد رجح محمد قدرى باشا الرأى الثانى فى كتابه أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فنص فى المادة (٢٤٨) على أن «إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجدها الزوج ثبتت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة أما لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر».

وإذا كان الأطباء فى هذا الزمن يقومون بعملية الولادة فيكفى - فى نطاق هذا الرأى - شهادة الطبيب الذى باشر الولادة أو أى رجل آخر شاهد الولادة إن لم يكن تعمد النظر، لأنه حينئذ يكون فاسقا مردود الشهادة^(١).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ

٢٨ / ٣ / ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٥٦ ق بأن:

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر فى فقه الأحناف أنه إذا كان الحمل ظاهرا وصدر الاعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما فى البطن».

(ب) إذا كانت المرأة معتدة من طلاق أو وفاة:

إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعى أو بائن، أو من وفاة فقد ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا أنكر الزوج أو ورثته الولادة، ولم يكن الزوج أو الورثة أقروا بالحبل، ولم يكن الحبل ظاهرا، فإن الولادة لا تثبت إلا بحجة كاملة أى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن ادعاء المرأة الوضع قبل مضى سنتين اعتراف

(١) محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الأسرة فى الإسلام ص ٧٠١ - عمر عبد الله

منها بمضى عدتها، وبانقضائها تعتبر أجنبية، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة.

وقال صاحبان إن الولادة تثبت بشهادة القابلة لأن للنكاح آثاره باقية في عدة الطلاق والوفاء، ووقت الولادة لم تكن أجنبية فهي قد ولدته على فراش النكاح الصحيح، فيكتفى بشهادة القابلة كحال الزوجية^(١).

وقد رجح محمد قدرى باشا رأى الإمام أبى حنيفة فنص في المادة (٣٤٩) من كتاب الأحكام الشرعية على أن «إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعى أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقة وجدها الزوج أو الورثة فلا تثبت إلا بحجة تامة ما لم يكن الزوج أو الورثة قد أقرروا بالحبل أو كان الحبل ظاهراً غير خاف فإن جحدوا تعيين الولد يثبت بشهادة القابلة كما مر».

٢٢٦- إثبات نوع المولود :

إذا كان النزاع في تعيين المولود بأن يقول أحد الزوجين أنه ذكر ويقول الآخر أنه أنثى، فيكفى في إثبات نوعه شهادة امرأة من أهل العدالة أو شهادة الطبيب المولد أو أى شخص شاهد المولود، سواء كان النزاع في حال قيام الزوجية حقيقة أو في العدة مطلقاً، وهذا بالاتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه، لأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين المولود سهلاً فلا تشترط فيه شهادة كاملة وهو ما نصت عليه المادتان (٢٤٨ ، ٢٤٩) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

٢٢٧- حكم تصديق الورثة على الولادة :

تصديق ورثة الزوج على الولادة يتضمن أمرين:

الأول : ثبوت حق الولد في الميراث من المتوفى ومشاركته بقية الورثة فيه أو حجبهم منه على حسب أحكام الميراث.

والثانى : ثبوت نسبه من المتوفى بالنظر إليهم وإلى غيرهم من كافة الناس.

فبالنسبة إلى الحق الأول، يكفى تصديق الورثة أو بعضهم المرأة بالولادة في استحقاق الولد الميراث، فإذا كان التصديق منهم جميعاً ثبتت البنوة فيما يتعلق بالميراث في حقهم جميعاً.

وإذا كان التصديق من البعض تثبت البنوة في حقه وحده، لأن التصديق إقرار، والإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يلزم به غيره. ولهذا لا يلزم في هذا الإقرار أن يكون بلفظ الشهادة ولا أن يكون في مجلس القضاء، ولا أن يكون المقر من أهل الشهادة أمام القاضي. أما بالنسبة إلى الحق الثاني فإنه إذا كان من أقر من الورثة بالولادة عددا يصلح للشهادة وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فإنه يثبت حق الولد بالنسبة إليهم جميعا، لا فرق بين المقرين والمنكرين وتثبت بنوته للمتوفى بالنظر إلى جميع الناس فله الحق - إذا كان لأبيه غرماء - أن يطالبهم بما عليهم من ديون⁽¹⁾.

أما إذا لم يكن المصدقون من الورثة من أهل الشهادة، لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم.

ولا يشترط لإتمام نصاب الشهادة هنا أن يكون كل المقرين من الورثة، فقد يكون المقر وارثا ويشهد معه أجنبي، وفي هذه الحالة تشترط الخصومة والشهادة في مجلس القضاء لأنهما شاهدان وليس مقرين⁽²⁾.



(1) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤١٧.

(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٤٦.