

موضوع رقم (١٦)

ثبوت النسب بالفراش

يثبت النسب بواحد من ثلاثة: الفراش، والإقرار، والبينة، وسنتناول دراسة كل منها تباعاً، ونبدأ هنا بثبوت النسب بالفراش.

٢٢٨- المقصود بالفراش:

الفراش ما يبسط للجلوس أو النوم عليه، وقد يكنى به عن المرأة. يقال هذه قبيلة كريمة المفارش إذا كانت تتزوج الكرام من النساء.

وقال تعالى فيما أهد لأهل اليمين فى الجنة: ﴿ وَفُرْشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴾ إِنَّا أَنشَأْنَهُنَّ إِنِشَاءً جَعَلْنَهُنَّ أَجْبَارًا ﴿ عُرُبًا أَتْرَابًا ﴾ لِأَصْحَابِ الْيَمِينِ ﴿^(١)، فكنى بالفراش عن النساء.

والمراد بالفراش هنا الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد لا عند حصول الولادة، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين، وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به من الزواج الفاسد والوطء بشبهة.

فإذا ولدت الزوجة بعد زواجها - بشروط سيأتى بيانها - ثبت نسب المولود من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك لقول رسول الله عليه السلام «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٢).

وإنما يثبت النسب بالفراش من غير حاجة إلى شيء آخر، لأن الزوجة مقصورة على زوجها ليس لغيره أن يشاركه هذا الاستمتاع بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة، فينبى على ذلك اعتبار حمل الزوجة من زوجها واحتمال أنه من

(١) سورة الواقعة - الآيات (٢٤ - ٢٨) - والفراش المرفوعة، الموضوعة على سرر عالية قال تعالى فى وصف الجنة ﴿ فِيهَا سُرُرٌ مَّرْفُوعَةٌ ﴾ (سورة الغاشية - الآية ١٢).

(٢) معنى الحديث أن الولد ثمة الفراش (الزوجية) فينسب إلى الزوج صاحب الفراش ويثبت نسبه منه، وللعاهر الذى لا يطلب النسل من طريقه المشروع الخيبة والخسران. يقال للشخص الذى خاب ولم يكن ثمة من فعله (له الحجر).

غيره احتمال مرفوض، لأن الأصل في الناس الصلاح والاستقامة حتى يثبت العكس.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار وبالبينة، غير أن الفراش فيه ليس طريقاً من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سبباً منشأً له، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتاً من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته».

(طعن رقم 11 لسنة 44 ق - جلسة 1976/2/4)

٢- «إذا كان النسب يثبت بالفراش وكان البين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت نسب الصغيرة إلى الطاعن على سند من إقراره بالتحقيقات الإدارية المقدمة صورتها الرسمية بقبوله الزواج من المطعون عليها عرفياً ودفعه مهراً لها ثم دفعه لها مؤخر صداقها من شهرين سابقين على تقديم الشكوى وهو إقرار صريح يفيد قيام الزوجية بينه وبين المطعون عليها بعقد صحيح شرعاً في التاريخ الذي حددته وإلى عدم ثبوت قيام المانع من الدخول وبثبوت تمام الوضع لأكثر من ستة أشهر من عقد الزواج، وكانت هذه الأسباب تكفي لحمل هذه القضاء فإن النعى على الحكم المطعون فيه بصدد ما ساقه من قرينة مساندة استخلصها من الإقرار - الصادر من المطعون عليها - يكون غير منتج».

(طعن رقم 28 لسنة 44 ق - جلسة 1976/5/12)

٣- «النص أن الولد للفراش إنما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الطاعنة أتت بالبنات المدعى نسبها للمطعون عليه لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسبها به لتحقيق قيام الوطء في غير عصمة وتيقن العلوق قبل الفراش، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى عليه في هذا الخصوص غير سديد».

(طعن رقم 18 لسنة 45 ق - جلسة 1976/11/3)

٤- «النسب. ثبوته في جانب الرجل. بالفراش والبيئة والإقرار».

(طعن رقم 301 لسنة 62 ق جلسة 1996/12/16 - غير منشور)

٥- «ثبوت النسب المستند إلى الزواج الصحيح أو الفاسد. شرطه. أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبيئة الشرعية».

(طعن رقم 59 لسنة 66 ق - جلسة 1996/12/30 - غير منشور)

٦- «النسب. ثبوته بالفراش والبيئة والإقرار».

(طعن رقم 176 لسنة 63 ق جلسة 1997/7/7)

٧- «الفراش الذي يثبت به النسب. مقصوده. قيام الزوجية بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة».

(طعن رقم 69 لسنة 63 ق جلسة 1997/6/23)

٨- «الفراش الصحيح الذي يثبت به النسب. ماهيته. الوعد والاستيعاد لا ينعقد بهما زواج. علة ذلك. الزواج لا يصح تعليقه على شرط ولا إضافته إلى مستقبل».

(طعن رقم 144 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/24)

٩- «أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما أورده بأسبابه من أن إبرام عقد الزواج في وقت لاحق على الحمل دليل على ثبوت النسب لو توثق الطاعن بأن الحمل كان نتيجة معاشرته للمطعون ضدها معاشرة الأزواج قبل العقد فيكون العقد تصادفاً على زوجية قائمة بما مفاده أن الحمل منه، وكانت هذه الأسباب لا تؤدي إلى ثبوت النسب، ذلك أن المعاشرة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش الذي يثبت به النسب، كما أن عقد الزواج في وقت لاحق على المعاشرة لا يدل في ذاته على قيام زوجية صحيحة قبل هذا العقد ولا يفيد ثبوت نسب ولد كان نتيجة علاقة سابقة على تاريخ العقد كما ذهب الحكم، ومن ثم فإن الحكم يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال جره إلى الخطأ في تطبيق القانون، بما يوجب نقضه».

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

١- «النسب يثبت في جانب الرجل بالفراش وبالبيئة وبالإقرار».

(طعن رقم 479 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/24)

١٠- «غير أن الفراش فيه ليس طريقا من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سببا

منشأ له، أما الإقرار والبيئة فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته».

(طعن رقم 555 لسنة 73ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/12/10)

١١- «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن من الأصول المقررة في

فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش الذي يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة... وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسبه من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بيئة ... وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما:- أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما:- أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه..... ويشترط لصحة اللعان أن يكون كل من الزوجين أهلا له عند ابتداء الحمل بالولد، وأن يكون في حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما، وأن ينفي الزوج الولد عند ولادته، وألا يكون قد أقر به صراحة أو ضمنا، وأن يكون الولد حيا عند الحكم بنفى النسب».

(طعن رقم 417 لسنة 75ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/12/23)

شروط ثبوت النسب بالفراش :

يشترط لثبوت النسب بالفراش توافر الشروط الآتية:

٢٢٩- الشرط الأول : وجود عقد زواج :

إذا كان ثبوت النسب بالفراش يستند إلى عقد زواج صحيح أو فاسد، فيجب وجود عقد زواج، لأن القاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبيئة الشرعية وهي على من ادعى.

ويثبت الزواج بكافة طرق الإثبات الشرعية من بينة وإقرار ويمين.
(راجع في إثبات الزواج شرعا: الكتاب الأول بنود 74 وما بعده)
 والتناقض في ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر إذ هو ليس محل
 خفاء.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «لما كان ذلك وكان التناقض في ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر إذ هو ليس محل خفاء فإنه لا محل لاستناد الطاعنة إلى ما هو مقرر من أن التناقض في النسب عفو، مغتفر وتجوز فيه الشهادة بالسماع، لأن التناقض هنا وقع في دعوى الفراش الصحيح الذي يراد به إثبات النسب على ما سلف بيانه، ويكون النعى عليه غير أساس».

(طعن رقم 11 لسنة 44ق - جلسة 1976/2/4)

٢- «... والقاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية وهي على من ادعى».

(طعن رقم 25 لسنة 46ق - جلسة 1978/5/21)

٣- «القاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية وهي على من ادعى لأن البينة في هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الإقرار ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد وإنما يكفي أن تدل على توافر الزواج أو الفراش بمعناه الشرعي».

(طعن رقم 100 لسنة 55ق - جلسة 1986/5/27)

٤- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة وكان من المقرر في الفقه الحنفى أن الزواج الذي لا يحضره شهود زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقي. وكانت القاعدة في إثبات النسب أنه إذا

استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيها سواء كان الإثبات باللفظ الصريح أو يستفاد من دلالة التعبير أو السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته استثناء من قاعدة لا ينسب لساكت قول وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدفاع مؤداه أنها كانت زوجة للمطعون عليه بعقد زواج فاسد خلا من الشاهدين - وذلك قبل العقد عليها رسمياً فى ٢٦ / ١١ / ١٩٨٢ وأنها كانت فراشا له بوعده منه بتوثيق هذا الزواج وأن الصغيرة «هويدا» كانت ثمرة لهذا الزواج الفاسد ودلت على ذلك بعدة قرائن منها إقراره بالشكوى رقم ٤٩٠٤ لسنة ١٩٨٢ إدارى قسم المنيا بالاتفاق معها على الزواج منذ فترة سابقة على تقديم شكواها وتمت المعاشرة الجنسية بناء على هذا الاتفاق، وكذلك عقد قرانه عليها وهى ظاهرة الحمل وقدمت تأييداً لذلك صورة رسمية من الشكوى سألقة الذكر. وقد أخذ الحكم من محكمة أول درجة بهذه القرائن وحمل عليها قضاءه برفض دعوى المطعون عليه ببطلان عقد الزواج ونفى نسب الصغيرة «هويدا» له إلا أن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء هذا الحكم على سند من أن البنت المطلوب نفى نسبها إلى المطعون عليه أتت من لقاء جنسى محرم شرعاً، وفى مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ زواجها دون التحدث عن المستندات التى قدمتها الطاعنة وتمسكت بدلائلها على وجود عقد الزواج الفاسد، كما لم يطلع على القرائن التى ساقته الطاعنة تأييداً لدفاعها، والتى كونت منها محكمة أول درجة عقيدتها، وهو دفاع جوهرى لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى. فإن إغفال المحكمة الرد على هذا الدفاع وما ساقته الطاعنة من أدلة عليه من شأنه أن يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه».

(طعن رقم 73 لسنة 57 ق - جلسة 1989/5/23)

والمقرر شرعاً أن الردة سبب من أسباب الفرقة، ومن أحكامها أنه ليس لمرتد أن يتزوج أصلاً، لا بمسلم ولا بغير مسلم، وفقه الحنفية على أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج ولا يثبت نسباً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر شرعا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الردة - وهى الرجوع عن دين الإسلام - سبب من أسباب الفرقة ومن أحكامها أنه ليس لمرتد أن يتزوج أصلا، لا بمسلم ولا بغير مسلم، إذ هى فى معنى الموت وبمنزلته والميت لا يكون محلا للزواج، وفقه الحنفية على أن زواج المسلمة بغير المسلم كتابيا كان أم غير كتابي حرام باتفاق ولا ينعقد أصلا، كما أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج ولا يثبت نسبا يتولد عنه أى حق فى الميراث».

(طعن رقم 162 لسنة 62ق - أحوال شخصية - جلسة 1995/5/26)

٣. - الخلاف فى تاريخ الزواج:

قد تلد الزوجة ثم تختلف مع زوجها فى تاريخ النكاح، بأن تدعى أنها تزوجته منذ ستة أشهر لكى تصل إلى إثبات المولود منه، بينما يقول الزوج أنه تزوج منها منذ أقل من ستة أشهر حتى يصل إلى عدم إثبات نسب المولود منه. والحكم فى هذا الخلاف، أن القول قول الزوجة، ويثبت نسب الولد من الزوج، ولأن الظاهر يشهد لها، لأنها ولدت ظاهرا من نكاح وحملها على الصلاح.

ولئن كان للزوج ظاهر آخر يشهد له، هو إضافة الحادث - تاريخ النكاح المختلف فيه - إلى أقرب الأوقات، إذ الحوادث تضاف لأقرب الأوقات، إلا أنه يرجح الظاهر الذى يشهد للمرأة لأن النسب يحتاط فى إثباته.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الزوجة لا تستحلف ويؤخذ بقولها بلا يمين.

بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنه يؤخذ بقولها مع اليمين.

والرأى الأخير هو المفتى به فى المذهب.

ولا تسمع بينة من الزوج أو ورثته على تاريخ نكاحه الذى يدعيه لأنها شهادة على النفى معنى، لأنها فى حقيقتها لنى حصول الزواج فى التاريخ الذى تدعيه المرأة، فلا تقبل لأن النسب يحتال فى إثباته كلما أمكن ذلك، وهو هنا ممكن، باحتمال أنه سبق أن تزوجها سرا بمهر يسير، ثم جهرا بأكثر منه للشهرة والسمعة وهذا مشاهد وكثير الوقوع⁽¹⁾.

(1) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٤٧ وما بعدها.

٢٣١- عدم سريان قيد عدم قبول الدعوى المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ على دعوى النسب:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن:

«ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١١٣١ - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة».

وهذه الفقرة لم تتعرض لإثبات الزواج ولم توجب إثباته بوثيقة رسمية، وإنما أوردت قيدها على التقاضى فى شأن الدعاوى الناشئة عن الزواج، مقتضاه عدم قبول الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية، ويسرى القيد على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وعلى الدعاوى التى يقيمها ورثة أيهما على الآخر أو ورثته.

وكذلك على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامة فى الأحوال التى تباشر فيها الدعاوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته.

والقيد يسرى على الدعاوى التى تكون الزوجية سبباً مباشراً للحقوق فيها، مثل النفقة والطاعة والصداق والميراث فقط، ولا يسرى على الدعاوى التى تكون الحقوق فيها ليست الزوجية سبباً مباشراً لها، ومن ثم لا يسرى على دعاوى النسب، وبالتالي فإن دعوى النسب تكون مقبولة ولو كانت الزوجية غير ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

ويستوى أن يكون النسب مقصوداً لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال، كدعوى الإرث بسبب البنوة.

وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ كانت الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٣١ المشتمل على لائحة ترتيب

المحاكم الشرعية (الملغى) تنص على أن:

«ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١١٣١».

وكان القيد الوارد بها يشمل النزاع في ذات الزوجية وما يترتب عليها من أحكام أيضاً، أى الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها، ولا يشمل الدعاوى التى تكون الحقوق فيها ليست الزوجية سبباً مباشراً لها، ومن ثم كان القيد لا يسرى على دعاوى النسب، كما هو الحال في ظل الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٧.... الحالى.

وقد أوضحت هذا الرأى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر، وأفتت به دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١/٢/ ١٩٥٧ (الفتوى منشورة بالكتاب الأول بند ٧٩) وقضت به محكمة النقض بتاريخ ٣٠/١٢/ ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٣ لسنة ١٩٨٠ ق- أحوال شخصية - منشور بالكتاب الأول بند ١٨).

كما قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «إذا كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى إرث بسبب البنوة - وهى بذلك متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها - فإن إثبات البنوة الذى هو سبب الإرث لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها حيث نهى فى الفقرة الرابعة من تلك المادة عن سماع تلك الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١١٣١، إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصوداً لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة.

ولما كان إثبات البنوة وهى سبب الإرث فى النزاع الراهن بالبينة جائزاً قانوناً فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى القانون وقصور فى التسبيب لإجازته للإثبات بالبينة وإغفاله ذكر السبب الذى يرد إليه النسب فى غير محله».

(طعن رقم 2 لسنة 28 ق - جلسة 1960/5/5)

٢- «إذا كانت دعوى المطعون عليها دعوى إرث بسبب البنوة وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية، وكان موضوع النسب مطروحا فيها باعتباره سبب استحقاق الإرث وكان المشرع لم يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١١٣١ لا تأثير له شرعا على دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية رغم التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فإنه لا تثريب على الحكم إن هو أ طرح ما قدمه الطاعنون من أوراق بعد قيام الدليل - البينة - على ثبوت النسب المتنازع عليه لأن قيام الحقيقة التى اقتنع بها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه».

(طعن رقم 8 لسنة 44 ق - جلسة 1976/1/21)

٣- «دعاوى النسب لازالت باقية على حكمها المقرر فى المذهب الحنفى فلا يشترط لسماع الدعوى بإثبات النسب وصحتها إذا كان سببها زواج صحيح أن يكون هذا الزواج ثابتا بوثيقة رسمية وإنما يصدق عليه هذا الوصف ويصبح سببا لإثبات النسب باعتباره كذلك متى حضره شهود واستوفى أركانه وسائر شروط صحته شرعا سواء وثق رسميا أو أثبت بمحضر عرفى أو كان بعقد غير مكتوب».

(طعن رقم 44 لسنة 51 ق - جلسة 1982/3/16)

٤- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى النسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية وأن إثباتها لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب التى مازالت باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية».

(طعن رقم 8 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/11/21)

٥- «القيد الوارد بالمادة ١١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها. عدم خضوع دعوى النسب له. علة ذلك».

(طعن رقم 62 لسنة 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/5/22)

٦- «المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١١٣١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية. م ٤/٩٩ مرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١١٣١. اقتصره على دعوى الزوجية. خروج دعوى النسب عنه ولو كان من هذه الزيجة غير الثابتة».

(طعن رقم 61 لسنة 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

(راجع أيضا في التفصيل: الكتاب الأول موضوع رقم 10 بند 75

وما بعده).

٢٣٢- هل يشترط لثبوت النسب بالفراش تلاقى الزوجين بعد العقد؟

ذهب الأحناف إلى أنه لا يشترط لثبوت النسب بالفراش تلاقى الزوجين بعد العقد، وأن العقد وحده كاف لثبوته مع تصور التلاقى وإن لم يتم التلاقى بالفعل قط.

ولذا قالوا لو عقد رجل بالمشرق زواجه بامرأة في المغرب ولم ينتقل أحدهما إلى الآخر ثبت ولدها منه متى جاءت به لستة أشهر أو أكثر من حين العقد.

وقالوا إن تصور التلاقى شرط لإثبات النسب ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه، والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنباً^(١).

وتصور التلاقى الذى ذكره الأحناف قد يكون أقرب إلى الواقع فى العصر الحديث الذى شهد تقدما كبيرا فى وسائل المواصلات.

واستند الحنفية فى ذلك إلى حديث الرسول «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وأن الفراش هو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به، وهذا يكون فى النكاح عقب العقد الصحيح مباشرة لأنه من آثاره^(٢).

(1) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٠.

(2) الشافعى ومالك يشترطان إمكان التلاقى بعد العقد، ويشترط ابن تيمية من الحنابلة

ولما صدر المرسوم بقانون رقم ٥٥ سنة ١٩٢٩ نص في المادة (١٥) منه 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.... الخ».

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أنه :

«بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت بها مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى عقد الزواج بينهما مع إقامة كل فى جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا.

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائنا إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ونسب ولد المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة.

ويثبت ولد المطلقة رجعيا فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقرر بانقضاء العدة. والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجراءة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة.

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم يبين أغلبهم رأيه ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى الحمل كتاب ولا سنة. فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكنها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة.

وبما أنه يجوز شرعا لولى الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيها الاحتتيال والتزوير لذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون».

والنص لم يعدل أحكام ثبوت النسب المنصوص عليها بالمذهب الحنفى، ولم يتعرض لثبوت النسب أو نفيه، فيظل النسب بالفراش ثابتا بمجرد العقد مع إمكان تصور التلاقى بين الزوجين وإنما أتى النص بقيد على سماع الدعوى، مقتضاه أن تقضى المحكمة بعدم سماع دعوى النسب عند الإنكار لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها.

فمحل القضاء بعدم سماع الدعوى أن ينكر نسب الولد. وأن يثبت للمحكمة أنه لم يلتق بزوجه منذ العقد أو غاب عنها لمدة سنة سابقة على الولادة.

والمقصود بعبارة (عدم التلاقى) ليس دخول الزوج بالزوجة، وإنما المقصود بها اجتماعهما من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الخلوة^(١). ولما كان القصد من قيد عدم سماع الدعوى القضاء على الاحتتيال والتزوير من جانب بعض النساء اللاتى تدعين النسب رغم عدم تلاقيهن مع أزواجهن منذ العقد أو غيبتهم عنهن مدة سنة، فإنه يكون متعلقا بالنظام العام ويجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «من الأصول المقررة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن «الولد للفراش» واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال أحدها أنه العقد وإن لم يجتمع بها، بل لو طلقها عقيبه فى المجلس، والثانى أنه العقد مع إمكان الوطء والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، وقد اختار الشارع بالمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الرأى الثانى على ما يؤدى إليه نص

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩.

المادة ١٥ منه.. وهذا يدل على أن المناطق فيما تصير به الزوجة فراشا إنما هو العقد مع مجرد إمكان الوطاء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه».

(طعن رقم 4 لسنة 36 ق - جلسة 1970/2/11)

٢- «إذا ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش، فإنه لا يغض من ذلك ما ادعاه الطاعنون من أن المورث كان عقيما، فضلا عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع، فإن الفقه الحنفى - المعمول به بوصفه أصلا ما لم ينص القانون على خلافه - يكتفى في ثبوت النسب بالفراش، بالعقد وحده إن كان صحيحا مع تصور الدخول وإمكانه».

(طعن رقم 10 لسنة 41 ق - جلسة 1975/2/5)

٣- «ثبوت النسب بالفراش في الفقه الحنفى - يكتفى فيه بالعقد الصحيح مع تصور الدخول وإمكانه».

(طعن رقم 36 لسنة 54 ق - جلسة 1985/3/12).

(أنظر أيضا: نقض 1967/3/15 منشور بالبند التالي)

٤- «المقرر في الفقه الحنفى المعمول به بوصفه أصلا ما لم ينص القانون على خلافه أنه يكتفى في ثبوت النسب بالفراش بالعقد وحده إن كان صحيحا مع تصور الدخول وإمكانه وكان الواقع في الدعوى أن الطاعن أقامها بطلب نفى نسب الولد إليه بمقولة أنه أصيب بالعجز عن الإنجاب منذ ما قبل زواجه بالمطعون عليها وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن المطعون عليها أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج الصحيح وأن نسب الولد إلى الطاعن ثبت بالفراش ورد على دفاع الطاعن بشأن عجزه عن الإنجاب بقوله «... وكان الثابت من مناقشة الطبيب الشرعى أن عملية استئصال البروستاتا لها تأثير على الإخصاب وأن التحليل الذى أجرى بمعرفة مستشفى المنصورة الجامعى قد أفاد بأنه لا يوجد به أى حيوانات منوية وذلك بعدم تواجد إفراز لهذه الغدة بعد استئصالها وفى حالة فقد هذه الغدة فإن ذلك يؤثر بشكل واضح على كمية السائل المنوى وأن نقص هذه الكمية لها تأثير على حيوية الحيوانات المنوية أى قدرتها على الحياة كما أنها تؤثر على حرية حركتها وهذان العاملان هاما فى عملية

الإنجاب وأنه ليس من المتوقع أن يحصل إنجاب في هذه الحالة ولكنه ليس من المستحيل في حالة فرض وجود حيوانات منوية كما أنه لا يستطيع الجزم عما إذا كان للمدعى قوة في إفراز السائل المنوي خلال الفترة من تاريخ زواجه في ١١/٢٧ / ١١١١ وحتى إجراء التحليل الذي تم في ٢ / ١٠ / ١٨٨٢ وكان الأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة والتي يمكن تصورها بأى وجه من الوجوه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد....» وكان الحكم المطعون فيه الذى أيدته وأحال إلى أسبابه قد أضاف إلى ذلك قوله «.... ولا ينال منه ما ذهب إليه المستأنف من أن محكمة أول درجة التفتت عن إجابته لطلبه ندب كبير الأطباء الشرعيين لعرض الأمر عليه ومناقشته بشأن حالته الصحية وفيما ورد بتقرير الطبيب الشرعى.. لأن مرد ذلك مرجعه إلى المحكمة وضمير القاضى لا غير وما دامت قد اقتنعت بما ثبت وتحقق لديها بالنسبة لموضوع النزاع ومما تجدر الإشارة إليه كدليل قاطع على صحة ما انتهى إليه الحكم المستأنف ومما هو ثابت بالأوراق أن الصغير المطالب بنفى نسبه إلى المستأنف قد أنجبته المستأنف ضدها بعد زواجها بالمستأنف والدخول والمعاشرة بأكثر من ستة أشهر وقبل مضى سنة من تاريخ طلاقه لها.... وصلاحيه طرفي الاستئناف للإنجاب ورزقهما بأولاد وأن الاثنين مازالا على قيد الحياة.....» وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه حصل فهم الواقع فى الدعوى تحصيلاً سليماً وأنزل عليه صحيح حكم القانون وانتهى بأسباب سائغة فى نطاق سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الدعوى إلى ثبوت نسب الولد للطاعن وعدم الأخذ بما ساقه من دفاع سنده أمور ظنية لم تبلغ حد اليقين ولا تؤدى إلى نتيجة قطعية إذ لا يصح نفى النسب بناء عليها مادام الإمكان قائماً، لما كان ذلك وكان لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى لم تر إجابة الطاعن إلى طلبه الكشف عليه بمعرفة كبير الأطباء الشرعيين متى وجدت فى أدلة الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ولا عليها إن هى لم تتعقب كل قول أو حجة أبدأها الطاعن فى دفاعه ما دام أن قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لذلك الدفاع، فإن ما يثيره الطاعن بهذا النعى لا يعدو أن يكون جدلاً فى تقدير المحكمة للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة

أخرى غير تلك التى انتهت إليها الحكم».

(طعن رقم 36 لسنة 54ق - جلسة 1985/3/12 - غير منشور)

٥- «الولد للفراش، صيرورة المرأة فراشا. مناطه. العقد مع إمكان الوطاء. سواء تحقق الدخول أو لم يتحقق. م ١٥ من ق ٥٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم 46 لسنة 62 ق جلسة 1996/12/30 - غير منشور)

٦- «النسب حق للولد. عدم تصديق الزوجين في إبطاله ولو تعاونوا في إثبات عدم حصول الوطاء».

(طعن رقم 46 لسنة 62 ق - جلسة 1996/12/30 - غير منشور)

٧- «الولد للفراش. صيرورة المرأة فراشا. مناطه. العقد مع إمكان الوطاء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أو الاتصال الجنسي».

(طعن رقم 176 لسنة 63 ق جلسة 1997/7/7).

٨- «عدم سماع دعوى النسب عند الإنكار. شرطه. أن تأتي بالولد زوجة لم تلتق بزوجها من حين العقد أو أتت به بعد سنة من غيبته عنها أو من انقضاء فراش الزوجية بالطلاق أو الوفاة. م ١٥ مرسوم بق ٥٥ لسنة ١٩٢٩. علة ذلك».

(طعن رقم 152 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/5/14)

٩- «مفاد المادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ أن المناط فيما تصير به المرأة فراشا إنما هو العقد مع إمكان الوطاء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أو الاتصال الجنسي الفعلي».

(طعن رقم 468 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/11/24)

١٠- «النص في المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب 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» مفاده وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للتعليق على هذه المادة أن حساب مدة الحمل في الزواج الصحيح إنما يكون بالتقويم الميلادي، إذ جاء بالمذكرة الإيضاحية أنه «لما كان رأى الفقهاء في ثبوت النسب مبنيًا على رأيهم في أقصى مدة الحمل ولم يبين أغلبهم رأيه ذلك إلا على إخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبي حنيفة بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة

يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء في المدة التي يمكنها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما يشمل جميع الأحوال النادرة وهو ما أكدته المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ سالف البيان بأن نصت على أن «المراد بالسنة في المواد من (١٢ إلى ١٨) من هذا القانون - هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما» ومتى كان ما تقدم فإن السنة في مفهوم المادة ٢٣ سالف الإشارة إليها هي التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما أى أن حساب تلك الأيام يكون بالتقويم الميلادى، وكانت المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصة بأحكام النسب ضمن المواد التي عدتھم المادة ٢٣ من ذات القانون فإن حساب مدة الحمل من حيث أقصى مدته أو أدناها يكون بالتقويم الميلادى، وأنه وإن كان ظاهر المادتين سالفتي الذكر وما جاء بالمذكرة الإيضاحية يشير إليه فى خصوص أقصى مدة الحمل إلا أنه يعنى به ويقصده حتما فى خصوص أدناها إذ لا يعقل أن تتجه إرادة المشرع إلى التفرقة بين تقويم مدة الحمل من حيث أقصاها وأدناها فيكون تقويم الأولى ميلاديا وتقويم الثانية هجرىا وحاشا أن تتجه إرادة المشرع إلى ذلك».

(الطعن رقم 754 لسنة 79 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/14)

١١- «من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن من الأصول المقررة فى فقه الشريعة أن الولد للفراش واختلفوا فيما تصير به المرأة فراشا على ثلاثة أقوال أحدها أنه نفس العقد وإن لم يجتمع الزوج بها أو طلقها عقبه فى المجلس، والثانى أنها العقد مع إمكان الوطء، والثالث أنه العقد مع الدخول الحقيقى لا إمكانه المشكوك فيه، والقول أن معنى التلاقى وهو الاتصال الجنسى يؤدى إلى أن الفراش لا يثبت إلا بالدخول الحقيقى وهو ما لم يقصده المشرع بالمادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، لأن مفاد هذا النص أنه اختار الرأى الثانى بما يدل على أن المناط فيما تصير به المرأة فراشا إنما هو العقد مع إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أو الاتصال

الجنسى الفعلى».

(طعن رقم 515 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/10/22)

٢٣٣- الشرط الثانى: إمكان حمل الزوجة من زوجها:

ويتأتى ذلك بأن يكون الزوج بالغاً أو مراهقاً أى قريباً من البلوغ، ولم تظهر عليه بعد أمارات البلوغ، فلو كان صغيراً دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشاً تحمل منه زوجته لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه، ولأن الشرط الأساسى لأى نسب أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه ولا يكون ذلك إذا ولد المولود والزوج صغير.

وقدر سن الجماع بعشر سنين^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن (الولد للفراش) واختلفوا فيما تصير المرأة به فراشاً على ثلاثة أقوال أحدهما أنه نفس العقد وإن لم يجتمع الزوج بها أو طلقها عقبيه فى المجلس والثانى أنه العقد مع إمكان الوطء والثالث أنه العقد مع الدخول الحقيقى لا إمكانه المشكوك فيه، والقول بأن معنى التلاقى هو الاتصال الجنسى يؤدى إلى أن الفراش لا يثبت إلا بالدخول الحقيقى وهو ما لم يقصده الشارع بالمادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ سنة ١٩٥٥».

(طعن رقم 22 لسنة 35 ق - أحوال شخصية - جلسة 1967/3/15)

٢- «المقرر شرعاً أنه فى حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقاً أو بالغاً، ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش، دون حاجة إلى إقرار أو بينة وإذا نفاه الزوج فلا ينقضى إلا بشرطين (أولهما): أن يكون نفيه وقت الولادة (ثانيهما): أن يلاعن امرأته. فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً شروطه فرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن أبيه وأحقه بأمه. ولما كان الثابت من الأوراق أن

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٥٦ - التنوير وشرحه بحاشية ابن عابدين ج ٢

ص ٤١٠. وقد أفتت دار الإفتاء بأن المراهق - إذا كان ذكراً - هو من بلغ اثنتى عشرة

سنة (فتوى صادرة بتاريخ ٠٠ يونيه سنة ١٩٤٠).

المورث تزوج المطعون عليها الثانية زواجا صحيحا ثابتا بوثيقة زواج رسمية مؤرخة ١٩٣٢ / ٤ / ٢١ ولم ينازع أحد في استمرار هذا الزواج منذ بدأ حتى وفاة المورث في ١٩٦٧ / ٢ / ٢٧ وأن المطعون عليها الأولى ولدت في ١٩٣٧ / ١٢ / ٢١ وفقا لمستخرج ميلادها الرسمي على فراش هذه الزوجية ولم ينف المورث نسبها إليه في الوقت وبالطريق المقرر شرعا، فإن نسب المطعون عليها الأولى يكون قد ثبت من المتوفى بالفراش من غير حاجة إلى دعوى ولا يغض من ذلك ما ادعاه الطاعنون من أن المورث كان عقيما، فضلا عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع».

(طعن رقم 10 لسنة 41 ق - أحوال شخصية - جلسة 1975/2/25)

٣- «من المقرر شرعا أنه في حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى بالولد لستة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مرافقا أو بالغا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش، دون حاجة إلى إقرار أو بينه... وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما: أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه ففرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن 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».

(طعن رقم 515 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/10/22)

والخصى كالصحيح في الولد، وكذلك المجبوب إن كان ينزل والعنيد لأنه قد يمكنه الإنزال بالمساقعة⁽¹⁾.

٢٣٤ - الشرط الثالث: أن تمضى أقل مدة الحمل:

يشترط أن تمضى أقل مدة الحمل، وأقل مدة الحمل كما ذكرنا سلفا ستة أشهر قمرية.

وتحسب أقل مدة الحمل من تاريخ العقد، ومن وقت الدخول في الزواج

(1) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٥ وما بعدها.

الفاسد، والوطء بشبهة. لأن المرأة إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهذا دليل على أن الحمل سابق على النكاح فلا يكون هذا الحمل من الزواج. وعدم ثبوت النسب لمن يولد لأقل من ستة أشهر على فراش الزوجية وثبوته لمن يولد لستة أشهر فأكثر شرط يسرى ولو كان العلوق من نفس الزواج بالزنا. وأساس ذلك أن نكاح الحامل وإن كان غير جائز إلا أنه عند أبى حنيفة ومحمد يجوز للزاني أن ينكح مزنيته الحبلى منه ويحل له أن يطأها فى هذا النكاح، والولد يثبت منه إذا ولدته لستة أشهر فأكثر لأنها جاءت به فى مدة حمل تام عقب نكاح صحيح ولا يثبت منه إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر^(١).

٥٣٥- الشرط الرابع: أن تلد المرأة لأقل من أقصى مدة الحمل:

وأقصى مدة الحمل عند الحنفية - كما رأينا سلفاً - سنتان. وهذا الشرط يسرى على الولادة بعد الطلاق البائن أو الموت. فإذا جاءت المرأة بالولد لسنتين فأكثر من حين الطلاق البائن أو موت الزوج تيقن أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقينا. أما المطلقة رجعياً، فيثبت نسب ولدها من الزوج فى أى وقت ما لم تقرر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه، ويحمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق فى عدتها التى قد يطول وقتها إذا امتد طهرها ويكون ثبوته بالفراش الذى استدامته الرجعة.

وهذا الشرط يحتاج إلى مزيد من التفصيل نعرض له فيما يلى:

نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها:

٢٣٦- المطلقة قبل الدخول:

يثبت نسب ولد المطلقة قبل الدخول من زوجها إذا جاءت به لستة أشهر من حين العقد ولأقل من ستة أشهر من حين الطلاق. لأن مجيئها به لأقل من ستة أشهر من حين العقد يدل على أنها حملت قبل أن تكون فراشاً لهذا الزوج، ومجيئها به لأكثر من ستة أشهر من حين الطلاق يحتمل أن يكون لأنها حملت

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٥٥.

به بعد الطلاق من غيره، واحتمال أنها حملت به قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة لها. والأصل في هذا عند الحنفية ما قالوه أن كل امرأة لا تجب عليها العدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينا أنه منه، بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق، وكل امرأة يجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينا أنه ليس منه بأن تجئ به لأكثر من مدة الحمل على النحو الذى سيأتى تفصيله.

٢٣٧- المطلقة بعد الدخول رجعيا :

إذا أقرت المطلقة بعد الدخول رجعيا بانقضاء عدتها بعد مدة تحتل انقضاء العدة فيها، بأن تكون المدة التى مضت قبل الإقرار بالانقضاء ستين يوما على المفتى به، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من حين الإقرار، لم يثبت نسبه من مطلقها لأن إقرارها بانقضاء العدة يقطع الزوجية، ويحتمل أن يكون الحمل من غيره بعد العدة. أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار فإن نسبه يثبت وتعتبر كاذبة فى إقرارها، ويعتبر الزوج مراجعا لها فى العدة إذا زادت المدة بين الطلاق والولادة على أكثر مدة الحمل، فإن لم تزد عنها لم يعد مراجعا، بل تنتهى عدتها بوضع الحمل لأن ثبوت النسب حينئذ لا يستلزم الرجعة لاحتمال حصوله قبل الطلاق.

أما إذا لم تقر بانقضاء عدتها ثبت نسب ولدها من مطلقها ولو جاءت به بعد الطلاق بسنتين أو أكثر، لأنها إن جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق اعتبرت حاملا به وقت قيام الزوجية. وإن جاءت به لسنتين أو أكثر اعتبر الحمل به وقت العدة لأنه يجوز للزوج مخالطتها فى وقت العدة، ويكون ذلك مراجعة لها مهما طال المدة، لأن المرأة تعتبر ممتدة الطهر، وتمتد عدتها بامتداد الطهر حتى تبلغ سن الأياس ويثبت نسبها سترا على الأعراض وصيانة للود من الضياع^(١).

٢٣٨- المطلقة بعد الدخول بائنا :

(١) الهداية ج ٢ ص ٢٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥١.

إذا أقرت المطلقة بعد الدخول بأتنا بانقضاء العدة، وكانت المدة تحتمل انقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه من المطلق للتيقن حينئذ من أن الحمل لم يحدث بعد انقضاء العدة وتكون كاذبة في إقرارها^(١).

أما إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه لاحتمال أن الحمل به قد حدث بعد انقضاء العدة وتقوى هذا الاحتمال بإقرار المرأة بانقضاء عدتها، وكذلك لو جاءت به لتمام سنتين أو أكثر من وقت الفرقة فلا يثبت لتحقيق حدوث الحمل بعد الفرقة.

أما إذا لم تقر بانقضاء العدة، فإن جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه لاحتمال أن يكون الحمل موجودا وقت الطلاق فلا يكون هناك يقين بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطاً^(٢).

والنسب يحتاط في إثباته دائماً إحياء للولد وكون الحمل كان موجودا عند الطلاق أو يحتمله يدعو لکی يحمل عليه احتيالا لإثبات النسب. وإذا جاءت به لتمام سنتين أو أكثر فلا يثبت نسبه للتيقن من حدوث الحمل بعد الفرقة.

وهذا إذا لم يدعه المطلق، فإن ادعاه ثبت نسبه منه، ويحمل على أن المرأة قد حملت به بسبب مخالطة بشبهة.

هذا، وكل حالة يثبت فيها نسب ولد المعتدة من طلاق يثبت فيها أيضا نسب ولد المعتدة من فرقة أخرى غير الطلاق، كالفرقة بسبب الردة أو خيار البلوغ أو عدم الكفاءة، وكل حالة لا يثبت فيها النسب في عدة الطلاق لا يثبت فيها النسب في غيره^(٣).

٢٣٩- المتوفى عنها زوجها :

إذا ادعت المتوفى عنها زوجها الحمل ولم تقر بانقضاء العدة، فإنه يثبت

(١) حاشية ابن عابدين ج٣ ص ٤٠. وما بعدها.

(٢) الهداية ج٢ ص ٢٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ج٣ ص ٢٤٢.

نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة لقيام الفراش حتى حملها أو لاحتمال حدوث الحمل قبل الموت وهذا كاف في الحكم بثبوت النسب. أما إذا جاءت به لسنتين فأكثر فلا يثبت نسبه للتيقن من حدوث الحمل بعد الموت.

وإن لم تدع الحمل وأقرب بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من انقضاء عدتها الذي زعمته ثبت نسبه لإمكان تيقن قيام الحمل وقت الإقرار ويثبت كذبها في إقرارها^(١). وإذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من زوجها لاحتمال أن يكون حملها من غيره بعد انقضاء عدتها وقد تقوى هذا الاحتمال بإقرارها بانقضاء العدة.

٥٠- الآيسة:

إذا كانت الآيسة معتدة من طلاق، فإذا لم تقر بانقضاء عدتها، وولدت بعد الطلاق الرجعي أو البائن فإنها وذوات الأقراء سواء، لأنها بولادتها لم تكن آيسة من المحيض، بل كانت من ذوات الأقراء.

وعلى ذلك يثبت نسب ولدها من المطلق إذا ولدته لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن، ولا يثبت إذا ولدته لأكثر من ذلك، وفي الطلاق الرجعي يثبت النسب وإن أتت به لأكثر من سنتين.

وإذا أقرت بانقضاء العدة مطلقا غير مفسر بالأشهر بمعنى أنها لم تقل أن عدتها انتهت بالأشهر، وكان هذا الإقرار في مدة يتصور فيها أن يكون ثلاثة أقراء، ثم ولدت بعد ذلك لأقل من ستة أشهر من الإقرار يثبت نسب الولد للمطلق لأن كذبها ظهر بيقين إذ ثبت أن العلوق كان قبل الإقرار لحصول الولادة قبل مضي أقل مدة الحمل من تاريخ هذا الإقرار.

وإن ولدت لستة أشهر فأكثر من تاريخ الإقرار لا يثبت النسب للمطلق، وذلك لأنها أقرت بانقضاء العدة مطلقا، فيحمل هذا الإقرار على الانقضاء

بالإقرار وهذا هو الأصل، ومادام أن الولادة كانت لستة أشهر أو أكثر من تاريخ هذا الإقرار فيحمل كلامها على أن العلوق كان من الغير بعد انتهاء العدة، كأن تكون تزوجت بغية أن تطلق عقب ذلك وحملت منه، فلا يبطل إقرارها لعدم ظهور كذبها فيه يقينا.

ويشترط لكي يثبت النسب في حالة الإقرار السابق أن تكون الولادة لأقل من سنتين أيضا منذ بانث، أما في الرجعي فلا يشترط ذلك. وإذا أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فقد سوى بعض الفقهاء في الحكم بين هذه الحالة وبين حالة عدم الإقرار بانقضاء العدة المار ذكرها، فقال بأن نسب الولد يثبت من المطلق إلى سنتين في الطلاق البائن، وإلى مالا نهاية له في الطلاق الرجعي.

وأساس هذا عندهم أنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر إذ ظهر أنها لم تكن آيسة، فصارت كأنها لم تقر بانقضاء العدة، ولذلك تأخذ حكم غير المقررة بانقضاء العدة إن ولدت.

وقال آخرون: إن هذه الحالة تأخذ حكم الإقرار بانقضاء العدة مطلقا فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإن جاءت لأكثر من ذلك لا يثبت.

أما إذا كانت الآيسة معتدة من وفاة فإنها كذوات الأقراء سواء بسواء، لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهن إذا لم تكن حاملا، فالحامل عدتها تتقضى بوضع الحمل، يستوى أن يكون ذلك للموت أو غيره^(١).

٢٤١- المطلقة الصغيرة:

(أ) في حالة الطلاق قبل الدخول:

إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، ثبت نسبه من المطلق، لأن قيام الحمل قبل الطلاق بيقين، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر. وثبت النسب في هذه الحالة رغم عدم الدخول لأن الأحناف لا يشترطون الدخول في ثبوت النسب بالفراش كما أوضحنا سلفا.

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٩ وما بعدها.

وإذا جاءت به لسته أشهر فأكثر، فإن نسبه لا يثبت من المطلق، لأنه لا عدة لها لحصول الطلاق قبل الدخول، ولا يقال بالعدة هنا بناء على الحكم بالدخول نتيجة لحصول العلوق قبل الطلاق^(١)، لأن الولادة لأكثر من ستة أشهر لا تستلزم كون العلوق حصل قبل الطلاق، فقد يكون حصوله بعده، فلا تكون هناك عدة، لأن العدة لا تثبت مع الشك.

(ب) فى حالة الطلاق بعد الدخول:

إذا أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق، ثبت نسبه لأنه يتعين وجود الولد فى بطنها قبل انقضاء العدة وتكون كاذبة فى إقرارها. وإن جاءت به لسته أشهر أو أكثر من وقت الإقرار ولتسعة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها، ولا يقين فى أن ما جاءت به جاء ببطنها قبل انقضاء العدة.

أما إذا لم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا، وجاءت بولد لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه عند أبى حنيفة ومحمد سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا - وعند أبى يوسف يثبت نسبه إلى سنتين فى الطلاق البائن وإلى سبعة وعشرين شهرا فى الطلاق الرجعى.

وحجة أبى حنيفة ومحمد أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع عينها الشارع بالنص وجعلها ثلاثة أشهر، وبانقضائها بحكم الشرع بالانقضاء أقرت به أو لم تقر، فحكم الشرع بالانقضاء فوق إقرارها بالانقضاء لأنه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف إقرارها، فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها، فإذا ولدت قبل مضى تسعة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة وإن ولدته لتسعة أشهر فأكثر فهو حمل حادث بعد انقضاء عدتها بالأشهر.

وحجة أبى يوسف، هى احتمال وطء المطلق للمطابقة رجعيا فى آخر عدتها وهى الثلاثة أشهر فأنتت به لأكثر مدة الحمل وهى سنتان، ولذلك فرق بين

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٤.

المطلقة بئنا في المدة التي يثبت فيها نسب الولد^(١).

أما إذا ادعت حبلا في فترة العدة، فهو إقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها وتصبح كالكبيرة في ثبوت نسب الولد. غير أن هذا القول لا يؤخذ بإطلاقه، وإنما يقصد به أنها كالكبيرة في أنه لا يقتصر في حق ثبوت النسب على أقل من تسعة أشهر، فإذا كان طلاقها بئنا يثبت نسب ولدها لأقل من سنتين وإن كان رجعا يثبت نسبه إذا أتت به لأقل من سبعة وعشرين شهرا لا مطلقا كالكبيرة، لأن ثبوت نسب ولد الكبيرة المطلقة رجعا لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الأياس بنى على جواز امتداد طهرها ووطئه إياها في آخر الطهر^(٢). بخلاف الصغيرة لأن عدتها ثلاثة أشهر فيحتمل وطؤها في آخر عدتها ثم تحبل سنتين، فلا بد من أن تكون قد أتت به لأقل من سبعة وعشرين شهرا حتى يثبت نسبه.

٢٤٢- الصغيرة المتوفى عنها زوجها :

إذا أقرت الصغيرة المتوفى عنها زوجها بالحبل كانت كالكبيرة، فيثبت نسب ولدها من المتوفى إلى سنتين.

وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها ثبت نسب الولد من المتوفى لتيقن وجود الحمل في بطنها وقت الإقرار وتكون كاذبة في إقرارها. وإن أتت به لستة أشهر فصاعدا من وقت الإقرار لم يثبت نسبه من المتوفى لاحتمال حدوث الحمل بعد الإقرار.

وإن لم تدع الحبل، ولم تقر بانقضاء العدة، فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد أن نسب ولدها يثبت من المتوفى إذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من الوفاة لأنه تيقن وجوده قبل انقضاء عدة الوفاة، وإن أتت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فأكثر لا يثبت نسبه من المتوفى.

أما أبو يوسف فقد ذهب إلى أنها إذا أتت به لأقل من سنتين من الوفاة يثبت نسبه من المتوفى، وإن أتت به لسنتين فأكثر لم يثبت، لأنه اعتبر سكوتها بمنزلة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٤ وما بعدها - البحر الرائق ج ٤ ص ١٥١.

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ١٥١.

الإقرار بالحبلى.

٢٤٣- قيد عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

الواردة بالمادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ على أن «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب.... ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

وهذه المادة لم تحدد أقصى مدة الحمل بسنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولم تمنع ثبوت النسب بعد مضي هذه المدة، لأنها لم تتعرض لثبوت النسب أو نفيه. وعلى ذلك فإن حكم المذهب الحنفى ما زال ساريا فى أقصى مدة النسب بالتفصيل السابق.

وإنما أتت المادة بقيد على سماع دعوى النسب مقتضاه أن دعوى النسب لولد المطلق (رجعيا أو بائنا) والمتوفى عنها زوجها لا تسمع عند الإنكار إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة، وعلى ذلك إذا لم ينكر المطلق أو ورثة الزوج بحسب الأحوال النسب تكون الدعوى مسموعة.

وقد بنى هذا القيد على ما ثبت من رأى أهل الخبرة (الطبيب الشرعى) أن أقصى مدة الحمل ٢٦٥ يوما وأن هذه تتسع للحالات النادرة، وقد جاء ذلك متفقا مع رأى محمد بن الحكم من فقهاء المالكية.

وقد حدا الشارع إلى وضع هذا القيد ما رآه من أن العمل بالأحكام الواردة بالمذهب الحنفى مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجراءة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وإلى تقديم شكاوى عديدة، وقد استند إلى ما هو جائز شرعا لولى الأمر أن يمنع قضائته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتتيال ودعوى نسب ولد بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج ظاهر فيها الاحتتيال والتزوير.

ولما كان القصد من هذا القيد الحفاظ على نسب المولودين والقضاء على التزوير والاحتتيال من جانب بعض المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن، فإن هذا

القيد يضحى متعلقا بالنظام العام، وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها دون دفع من الخصم.

(راجع ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929
بند (232)

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «من المقرر وفقا لحكم المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ألا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد ولد في سنة ١٩٠٠ أى بعد ست سنوات من الطلاق، وقد أنكره مورث المطعون عليهم حال حياته، كما أنكر قيام أية علاقة زوجية جديدة بينه وبين والدته الطاعن بعد الطلاق، وكان الحكم قد دلل على عدم قيام الزوجية بعد الطلاق على أسباب سائغة، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس».

(طعن رقم 1 لسنة 41 ق - جلسة 1975/1/29).

٢- «مفاد نص المادة الخامسة عشرة من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية، أن المشرع الوضعى منع سماع دعوى النسب لأى معتدة من طلاق أن جاءت بولد لأكثر من سنة شمسية من وقت الطلاق أخذاً بأن الطبيب الشرعى - وعلى ما أورده المذكرة الإيضاحية - يعتبر أقصى مدة للحمل ٢٦٥ يوماً حتى تشمل جميع الأحوال النادرة، لما كان ما تقدم وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه على أن المطعون عليها أقرت بما يفيد أنها طهرت من الوضع وأنها أصبحت حريثاً لزوجها وصالحة لمعاشرته بعده، وأنها إذ طلقت طليقة رجعية فى ٧/ ١٢/ ١٩٧٠ دون أن تقر بانقضاء عدتها منه، وكانت ولادتها للصغيرة ثابتة الوقوع فى ١٢/ ٨/ ١٩٧١ أى لأقل من سنة وقت الطلاق الرجعى، ورتب على ذلك أن نسبة الصغيرة للطاعن تكون ثابتة، فإن هذا الذى خلص إليه الحكم لا ينطوى على مخالفة للقانون لاحتمال أن بدء الحمل كان قبل الطلاق والمطعون عليها على عصمته أو أنه كان بعده وهى فى عدته».

(طعن رقم 30 لسنة 46ق - جلسة 1978/3/1)

٣- «النص في المادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٩ على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق إنما تدفع به الدعوى التي يكون فيها الزواج السابق سببا لثبوت نسب الولد بما أفاد به الطبيب الشرعي وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية من اعتبار أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى تشمل جميع الأحوال النادرة مما تقتضاه عدم سريان حكم النص على دعوى نسب الولد الذي أتى بعد الطلاق من فراش صحيح لاحق عليه ويثبت به النسب شرعا وهو الزواج وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون عليها طبقا للنص المذكور على سند من أنه بعد طلاقه لها عاشرها زوجة له حتى إنجاب الصغيرين فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. والنعي مردود في وجهه الثاني بأن دعوى المطعون عليها هي دعوى نسب وهي باقية على حكمها المقرر في الشريعة ويجوز إثباتها بالبينة وأن الحكم لم ينظر إليها إلا مجردة عن دفع الطاعن بعدم سماع دعوى الزوجية... الخ».

(طعن رقم 55 لسنة 54ق - جلسة 1885/3/26)

٤- «عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة عند الإنكار. شرطه. أن تأتي بعد سنة من انقضاء فراش الزوجية. علة ذلك».

(طعن رقم 182 لسنة 63ق - جلسة 1997/6/24)**٢٤٤- نسب ولد المطلقة بائنا والمعتدة من وفاة إذا تزوجت :**

إذا تزوجت المطلقة بائنا، فولدت من سنتين من تاريخ إبانته، ولأقل من ستة أشهر من وقت زواجها، ثبت نسب الولد من مطلقها لأنه لا يمكن أن يكون من الزواج الثاني لأنه جاء لأقل من مدة ستة أشهر وهي أدنى مدة للحمل، فقد كان الحمل في بطنها وقت الزواج الثاني.

أما إذا ولدت لأكثر من سنتين من تاريخ إبانته ولستة أشهر من وقت زواجها، ثبت نسب الولد من الزواج الثاني لأن ذلك ممكن، ولا يتصور كونه

من المطلق لانقضاء أكثر من أقصى مدة الحمل على تاريخ إبانيتها. وإذا ولدت لأكثر من سنتين من تاريخ إبانيتها ولأقل من ستة أشهر من وقت الزواج الثانى فلا يثبت الولد لا من المطلق ولا من الزوج الثانى. فلا يثبت نسبه من المطلق لأنها أتت به لأكثر من سنتين من تاريخ إبانيتها، فلا يكون الحمل قد حصل قبل الطلاق. ولا يثبت نسبه من الزوج الثانى، لأنها أتت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ زواجه وهى الحد الأدنى للحمل. وإذا ولدت لأقل من سنتين من إبانيتها، ولسته أشهر من وقت الزواج الثانى، فقد أمكن جعله من الأول أو الثانى.

فقد جاء بالدر المختار أنه للأول لكنه نقل عن البدائع أنه للثانى، لأن إقدامها على التزوج دليل انقضاء عدتها فكانت بمنزلة ما إذا أقرت بانقضاء عدتها، حتى لو علم بالعدة فالنكاح فاسد وولدها للأول إن أمكن إثباته منه بأن تلد لأقل من سنتين منذ طلق أو مات. أما إذا لم يمكن إثباته منه بأن جاءت به لأكثر من سنتين منذ بانت ولسته أشهر منذ تزوجت فالولد للثانى كما جاء فى البحر نقلاً عن البدائع^(١).

٥٤٥- نسب ولد من غاب عنها زوجها فتزوجت بآخر:

إذا غاب الزوج عن امرأته، وبلغها طلاقه لها أو موته فاعتدت وتزوجت بآخر، ثم جاء الزوج الأول، فإذا كانت قد أتت بولد فالولد للثانى على المذهب الذى رجع إليه الإمام أبو حنيفة وعليه الفتوى، إن احتمله الحال، بأن تكون قد ولدته لسته أشهر فأكثر من وقت النكاح، أما إذا حصلت الولادة لأقل من ذلك فلا يثبت الولد للثانى^(٢).

٢٤٦- ثبوت النسب فى الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد هو الذى يفقد شرطاً من شروط صحته، كالزواج بلا شهود.

(١) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ٥٥٥.

(٢) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ٢٢٢ وما بعدها.

والزواج يثبت في الزواج الفاسد بالفراش احتياطا في إثباته إحياء للولد وحتى لا يبقى بدون والد يريبه.

غير أن المرأة لا تكون - طبقا للرأى الراجح في المذهب الحنفى^(١) - فراشا بالعقد الفاسد، بل بالدخول الحقيقى، فإذا لم تدخل المرأة وأتت بولد لا يثبت نسبه بالفراش إلا إذا ادعاه الزوج ولم يصرح أنه من الزنا.

أما إذا دخلت وأتت بولد لسته أشهر فأكثر من حين الدخول الحقيقى ثبت نسبه إلى الزوج دون ادعاء الولد.

وإذا أتت به بعد المتاركة في الزواج الفاسد لأقل من سنتين ثبت نسبه وإذا أتت به لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه.

وعلى ذلك يمكن القول بأنه يشترط لثبوت النسب بالفراش فى الزواج الفاسد ما يأتى:

- (١) وجود عقد زواج فاسد.
- (٢) حصول دخول حقيقى بناء على عقد الزواج الفاسد.
- (٣) أن تأتى الزوجة بالولد لسته أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقى، وفى مدة لا تزيد على سنتين من تاريخ المتاركة.

وترتبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

«النسب. ثبوته. بالفراش الصحيح وملك اليمين وما يلحق به. عدم عرض الحكم المطعون فيه لدفاع الطاعنة أن المطعون ضده راجعها وأن هناك زواجا فاسدا أو بشبهة تم بينهما وأن الصغيرتين كانتا ثمرة هذا الزواج قصور».

(طعن رقم 29 لسنة 61 ق «أحوال شخصية» جلسة 15/2/1992)

٢٤٧- ثبوت النسب بالوطء بشبهة:

(راجع الكتاب الأول بنود ٦٧ وما بعده).

٢٤٨- نفى النسب باللعان:

أوضحنا سلفا أنه إذا توافرت شروط النسب بالفراش ثبت نسب الولد إلى

(١) وهو رأى محمد، أما أبو حنيفة وأبو يوسف فإن مناط ثبوت النسب عندهما من تاريخ العقد.

الرجل دون دليل آخر. ولا يستطيع الرجل نفى نسبه إلا بعد إجراء اللعان الشرعى.

واللعان لا يكون إلا عند ثبوت نسب الولد بالزواج الصحيح، سواء كان فراش الزوجية قائماً، أو فراش عدة من طلاق رجعى. أما فى المطلقة بائناً فإن النسب لا ينفى أصلاً لأن نفيه متوقف على اللعان، وشرط اللعان عند الحنفية قيام الزوجية أو ما فى حكمها وهى عدة الطلاق الرجعى. ولذلك يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح، كما يقول الحنفية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش، وفى حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مرافقاً أو بالغاً ثبت نسب الولد من الزوج 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 مستوفياً لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه، والأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورهما بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد، لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه وبين الطاعنة، وأنه وإن نفى نسب المولودة «رضاً» إليه عقب ولادتها مباشرة إلا أنه لم يلاعن امرأته ومن ثم فلا ينتفى نسبها منه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض دعوى الطاعنة بثبوت نسب الصغيرة للمطعون ضده، وفى دعوى المطعون ضده بنفى نسب الصغيرة إليه، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 47 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/1/27)

٢- «الفراش. ماهيته. ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة. شرطه. أن يكون نفيه وقت الولادة وأن يلاعن امرأته. تمام اللعان مستوفياً

شروطه. أثره. التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه وإحاقه بأمه الاحتياط فى ثبوت النسب. مؤداه. ثبوته مع الشك وابتناؤه على الاحتمالات النادرة. علة ذلك».

(طعن رقم 336 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/3/16)

٣- «الفراش. ماهيته. ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة. شرطه. نفى الزوج نسب الولد. شرطه. أن يكون نفيه وقت الولادة وأن يلاعن امرأته. تمام اللعان مستوفيا شروطه. أثره. التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه وإحاقه بأمه. الاحتياط فى ثبوت النسب. مؤداه. ثبوته مع الشك وابتناؤه على الاحتمالات النادرة. علة ذلك».

(طعن رقم 17 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/21)

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن:

«نص الفقهاء على أن الفرash أربع مراتب أولها: ضعيف وهو فرash الأمة لا يثبت به النسب إلا بدعوى، وثانيهما: متوسط وهو فرash أم الولد فإنه يثبت بلا دعوى لكنه ينفى بالنفى، وثالثهما: قوى وهو فرash المنكوحة ومعتدة الطلاق الرجعى فإنه لا ينتفى إلا باللعان، ورابعها: وهو الأقوى كفرash معتدة البائن والزواج الفاسد فإن الولد لا ينتفى أصلا لأن نفيه متوقف على اللعان وشروط اللعان الزوجية الصحيحة».

(استئناف رقم 52 سنة 79 ق «أحوال شخصية» جلسة 1963/1/19)

ويشترط لإجراء اللعان الشرعى توافر الشروط الآتية:

- ١) أن يتوافر لدى كل من الزوجين الإسلام والحرية والعقل والبلوغ والنطق وعدم سبق الحد فى قذف، لأن اللعان شهادات أمام القضاء فلا يصح إلا ممن هو أهل للشهادة على المسلم طبقا للمذهب الحنفى.
- ٢) أن ينفى الزوج نسب الولد، وقت الولادة أو وقت الإعداد لها بشراء ما تحتاج إليه الولادة، أو فى مدة التهنئة المعتادة بالمولود على حسب عرف أهل البلد. هذا إذا كان الزوج حاضرا وقت الولادة، وإن كان غائبا فوقت علمه بالولادة.

وعلى هذا نصت المادة (336) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية بقولها:

«إنما يصح نفى الولد فى وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو فى أيام التهنة المعتادة على حسب عرف أهل البلد وإذا كان الزوج غائبا فحالة علمه كحالة ولادتها»⁽¹⁾.

٣) ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة، كقبوله التهنة أو سكوته عندها وعدم رده⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - «الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستفاد من دلالة التعبير، أو من السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنة الناس له بالولد بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته فى هذه الحالة إقرارا منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه فى مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها فى فقه الحنفية ذلك أنه حصل فى ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة، تقديم الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من هذا القيد فى اليوم التالى لإجرائه وتسليمها المستخرج موضحا به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها على ذلك، إقرار المتوفاة بأمومتها للمطعون عليها، هو تحصيل صحيح شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت

(1) وقد جاء بالتتوير وشرحه الدر المختار ج ٦ ص ٤١١: «نفى الولد الحى عند التهنة ومدتها سبعة أيام عادة»، وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله: «قوله ومدتها سبعة أيام عادة أشار به إلى أنه لم يقدر زمنها بشيء كما هو ظاهر الرواية وعن الإمام تقديره بثلاثة أيام وفى رواية الحسن سبعة وضعفه السرخسى بأن نصب المقادير بالرأى لا يجوز شرنبلالية وعندهما «يقصد أبا يوسف ومحمد» تقديره عدة النفاس».

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ وما بعدها - وقد ذهب إلى أن قاعدة «لا ينسب إلى ساكت قول» خرجت عنها مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق منها «...سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنتته إقرار به فلا يملك نفيه».

البنوة بالسكوت المفصح عن الإقرار به».

(طعن رقم 17 لسنة 46ق - أحوال شخصية - جلسة 1978/2/22)

ب- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر في فقه الأحناف أنه إذا كان الحمل ظاهراً وصدر الاعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما في البطن وكان نفى نسب الولد - وعلى ما جرى به فقه الأحناف - لا يكون معتبراً، ولا يقطع النسب إلا بشروط منها أن يكون النفي عند الولادة وعند التهنية، ومنها ألا يسبق النفي إقرار بالنسب لا نصاً ولا دلالة، فإن سبق لا يصح النفي، فإذا قال الولد منى أو سكت عند التهنية بولادته ثم نفاه بعد ذلك لا يقبل منه لأن النسب بعد الثبوت صار حقا للولد فلا يمكن الرجوع فيه، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما اطمأنت إليه المحكمة من شهادة الإثبات من أن الطاعن أقر على وجه القطع واليقين بأبوته للصغيرة «صفاء» وكان تقدير أقوال الشهود والقرائن مما يستقل به قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض متى كان ذلك مقاما على أسباب سائغة وكان ما استخلصه الحكم المطعون فيه من أقوال الشهود وما استنبطه من القرائن من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ويبرر قضاءه فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التي أخذ بها الحكم بعد أن اطمأن إليها بما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 124 لسنة 66ق - أحوال شخصية - 1989/3/28)

(راجع أيضاً طعن رقم 515 لسنة 72ق «أحوال شخصية» جلسة

2005/10/22 منشور ببند 232)

٤- ألا يكون قد أقر بالبعض إذا كان المولود أكثر من ولد، ذلك أن الإقرار بالبعض إقرار بالكل، لأنهما أو لأنهم من ماء واحد عند الحنفية.

٥- أن يكون الولد حياً عند الحكم بنفى النسب بعد إجراء اللعان والقضاء بنفيه عنه، فلو مات قبل القضاء بنفى نسبه لا ينتفى النسب، لأنه بالموت قد انتهى واستغنى عن النفي فلا يمكن نفى الميت ولأن النفي حكم على الولد، والميت لا يحكم عليه إذا لم يحضر له خصم، ولا يتصور خصم عن الميت هنا.

وإذا انتفى نسب الولد باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره ولو ادعاه لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه.

ونفى نسب الولد باللعان يترتب عليه اعتباره أجنبياً عن الملعان في النفقة فلا تجب نفقة أحدهما على الآخر وفي الإرث فلا توارث بينهما كما لا توارث بين هذا الولد وبين أقارب الملعان.

وذكر الفقهاء أن الولد لا يكون أجنبياً عن الملعان في الأمور الآتية:

(1) الشهادة: فلا تجوز شهادة أحدهما للآخر، لأن شهادة الأصول للفروع والعكس لا تقبل.

(2) الزكاة: فلا يجوز صرف زكاة مال أحدهما للآخر، لأن الزكاة حق للفقير الأجنبى.

(3) القصاص: فلا يقتص من الملعان بقتله الولد الذى نفاه إذ لا يقتص من الأب بقتله ابنه عند أبى حنيفة، وإن كان يعاقب بغير القصاص تعزيراً.

(4) المحرمية: فلو كان لابن الملعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى فلا يجوز للابن أن يتزوج بهذه البنت، وكذلك لا يجوز للولد المنفى أن يتزوج ابنة الزوج من زوجة أخرى غير أمه.

(راجع تفصيلات أخرى فى اللعان الكتاب الأول بند 13 وما بعده)

