

المبسوط

قال - C - (رجل أقر أنه زنا بامرأة حرة وأن هذا الولد ابنه من الزنا وصدقته المرأة) فإن النسب لا يثبت من واحد منهما لقوله A : (الولد للفراش وللعاهر الحجر ولا فراش للزاني) وقد جعل رسول الله ﷺ - A - (حظ الزاني الحجر فقط) وقيل هو إشارة إلى الرجم . وقيل هو إشارة إلى الغيبة كما يقال للغيبة الحجر أي هو غائب لا حظ له والمراد هنا أنه لا حظ للعاهر من النسب وبقي النسب من الزاني حق الشرع إما بطريق العقوبة ليكون له زجرا عن الزنا إذا علم أن مائه يضيع به أو لأن الزانية نائبة غير واحد فربما يحصل فيه نسب الولد إلى غير أبيه وذلك حرام شرعا ولا يرتفع هذا المعنى بتصديق المرأة وكان نفي النسب عن الزاني لحق الولد فإنه يلحقه العار بالنسبة إلى الزاني وفيه إشاعة الفاحشة وهذا المعنى قائم بعد تصديق المرأة .

وإذا لم يثبت منه النسب لم يثبت منهما أيضا لأن مجرد قولها ليس بحجة في إثبات نسب الولد منهما .

فإن شهدت القابلة ثبت بذلك نسب الولد من المرأة دون الرجل لأن ثبوت النسب منها الولادة وذلك يظهر بشهادة القابلة ولا صنع لها في الولادة ليستوجب العقوبة بقطع النسب عنها ولأن المعنى في جانب الرجل الاشتباه وذلك لا يتحقق في جانبها فإن انفصال الولد عنها معاين فلهذا يثبت النسب منها .

قال : (وإن أقر الرجل أنه زنا بامرأة حرة أو أمة فولدت هذا الولد وادعت المرأة نكاحا فاسدا أو جائزا لم يثبت النسب منه وإن ملكه) لأن ما ادعت من الفراش لم يثبت بقولها عند جوده فبقي في حقه ما أقر به من الزنا وهو غير مثبت للنسب سواء ملكه أو لم يملكه إلا أنه إذا ملكه يعتق عليه لأنه جزء منه .

وإن كان غير منسوب إليه فكما لا يثبت الرق للمرء على نفسه لا يثبت على جزئه وإنما أورد هذا الفصل لإزالة الإشكال فإن بدعوها النكاح خرج الفعل من أن يكون زنا محضا لا يجب الحد على واحد منهما ويجب العقولها عليه ولكنه غير مثبت للنسب لأن سببه الفراش وذلك غير ثابت في حق الرجل .

فكذلك إن أقامت شاهدا واحدا بما ادعت لأن الفراش لم يثبت بالشاهد الواحد فإنه ليس بحجة تامة وعليها العدة لإقرارها على نفسها بالتزام العدة ولأنها أخذت المهر من الرجل حين سقط الحد عنه وإن ادعى الرجل النكاح وأقرت المرأة بالزنا فعليه العقر لسقوط الحد عنه بما ادعى من الشبه ولم يثبت فراشه عليها عند جودها فلا يثبت نسب ولدها منه في الحال .

إن ملك يوما ثبت نسبه منه وإن ملك أمه كانت أم ولد له ولا ينظر إلى جحودها وجحود سيدها لأن إقراره حجة في حقه وإنما امتنع العمل به لكون المحل مملوكا لغيره وإذا صار مملوكا له كان كالمجدد لذلك فيثبت نسب الولد ويثبت أمية الولد للأم وكذلك لو أقام شاهدا واحدا أو شهادين ولم يعدلا لأن ما أقام ليس بحجة تامة وعلى المرأة العدة لأنها قد استوجبت المهر ولأن العدة مثبتة للاحتياط .

قال : (وإذا ولدت امرأة الرجل على فراشه فقال الزوج زنا بك فلان وهذا الولد منه وصدقته المرأة وأقر فلان بذلك فإن نسب الولد ثابت من الزوج) لأنه صاحب الفراش وثبوت النسب باعتبار الفراش وبعد ما ثبت بفراش النكاح لا ينقطع إلا باللعان ولا لعان بينهما لإقرارها على نفسها بالزنا وكذلك لو كان النكاح فاسدا لأن الفاسد ملحق بالصحيح في حكم النسب .

قال : (ولو تزوج امرأة لا تحل له فأغلق عليها بابا أو أرخى حجابا ثم فرق بينهما لم يكن عليه مهر) لأن الخلوة في العقد الصحيح إنما كان مقرا للمهر باعتبار ما فيه من التمكن من الاستيفاء وذلك لا يوجد في النكاح الفاسد فإنه غير متمكن من الاستيفاء شرعا فلهذا سقط اعتبار الخلوة .

فإن جاءت بولد لسته أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه وفي بعض النسخ قال : منذ أغلق عليها الباب وهذا لأن الفاسد من النكاح معتبر بالجائز في حكم النسب لأن الشرع لا يرد بالفاسد ليتعرف حكمه من نفسه فلا بد من اعتباره بالجائز وفي النكاح الجائز إذا جاءت بالولد لسته أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه فكذلك في الفاسد وإذا ثبت النسب منه فقد حكمنا بأنه دخل بها وكان عليه المهر واعتباره بستة أشهر منذ أغلق الباب لإشكال فيه لأن التمكن من الوطاء حقيقة يحصل به وإن انعدم التمكن حكما واعتباره بستة أشهر منذ تزوجها صحيح أيضا لاعتبار الفاسد بالجائز .

ومن أصلنا في النكاح الجائز أن النسب ثبت بمجرد الفراش الثابت النكاح لا يشترط معه التمكن من الوطاء .

وعلى قول الشافعي بمجرد النكاح بدون التمكن من الوطاء لا يثبت النسب فكذلك في الفاسد حتى قالوا فيمن تزوج امرأة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لسته أشهر عندنا يثبت النسب . وعنده لا يثبت ما لم يكن لأكثر من ستة أشهر حتى يتحقق التمكن من الوطاء بعد العقد وحجته في ذلك أنا نتيقن بأنه غير مخلوق من مائه فلا يثبت النسب منه كما لو كان الزوج صيبا وهذا لأن سبب ثبوت النسب حقيقة كونه مخلوقا من مائه وذلك خفي لا طريق إلى معرفته وكذلك حقيقة الوطاء تكون شراء على غير الواطئين وفي تعليق الحكم به خرج ولكن التمكن منه سبب ظاهر توقف عليه فوجب اعتباره لأن ما سقط إنما كان لأجل الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولأنها

جاءت به على فراشه في حال يصلح أن يكون منسوبا إليه فيثبت النسب منه كما لو تمكن من وطئها وتصادقا أنه لم يطأها وهذا لأن النكاح ما شرع إلا للاستفراش ومقصود النسل فيثبت الفراش بنفسه ولكن في حق من يصلح أن يكون والدا والصغير لا يصلح أن يكون والدا فلم يعمل في النسب لانعدام المحل له .

فأما الغائب يصلح أن يكون والدا كالحاضر فيثبت له الفراش المثبت للنسب بنفس النكاح وكما أن حقيقة العلوق من مائه لا يتوقف عليها فكذلك يتمكن من الوطاء حقيقة لا يمكن الوقوف عليه لاختلاف طبائع الناس فيه وفي الأوقات فيجب تعليق الحكم بالنسب الظاهر وهو النكاح الذي لا يعقد شرعا إلا لهذا المقصود ومتى قام النسب الظاهر مقام المعنى الخفي سقط اعتبار المعنى الخفي ودار الحكم مع النسب الظاهر وجودا وعدما . وهو أصل كبير في المسائل كما أقيم السفر المرید مقام حقيقة المشقة في إثبات الرخصة بسبب السفر وأقيم تجدد الملك في الأمة مقام اشتغال رحمها بماء الغير في تجدد وجوب الاستبراء ولأن الوطاء والتمكن إنما كان معتبرا لمعنى الماء وقد سقط اعتبار حقيقة الماء لإثبات النسب فيسقط ما كان معبرا لأجله أيضا .

قال : (وإذا قال الرجل لصبي في يدي امرأة هو ابني من زنا وقالت المرأة من نكاح ثم قال الرجل بعد ذلك هو من نكاح ثبت نسبه منه) لأن كلامه الأول نفي للنسب عن نفسه وكلامه الثاني دعوة للنسب بعد النفي صحيح لأنه غير محتمل للانتفاء بعد ثبوته فيبقى بعد النفي على ما كان عليه من قبل ولأن المرأة قد أقر له بالنكاح وصدقها في ذلك فيثبت النكاح بينهما وبثبوته يثبت نسب ولدهما منه .

وكذلك لو قال الرجل هو ابني منك من نكاح وقالت هو ابنك من الزنا لم يثبت نسبه لإنكارها ما ادعاه من الفراش فإن قالت بعد ذلك هو ابني من نكاح ثبت نسبه لأنها أقرت له بالنكاح بعد ما أنكرت والإقرار بعد الإنكار صحيح فإذا ثبت النكاح بينهما ثبت نسب الولد منهما . قال : (امرأة رجل ولدت وهما حران مسلمان فادعى الزوج أنه ابنه وكذبت المرأة أو ادعت وكذبها الزوج وقد جاء به لسته أشهر منذ تزوجها فهو ابنه منها) لظهور النسب فيما بينهما وهو الفراش وكذلك لو قال الزوج هذا الولد من زوج كان لك قبلي وقالت المرأة بل هو منك فهو منه لأن السبب بينهما ظاهر وما ادعاه الرجل غير معلوم وإنما يحال بالحكم إلى السبب الظاهر دون ما لا يعرف .

ولو قال الزوج من زنا فإن صدفته المرأة بذلك فهو ابنه لأن السبب ثبت منه بفراش النكاح فلا يقطع إلا باللعان ولا لعان بينهما إذا صدفته فيما ادعى من الزنا وإن أنكرت ذلك وجب اللعان فيما بينهما ويقطع النسب عنه باللعان .

قال : (وإذا نفى الرجل ولد امرأته بعد ما مات أو كان حيا قبل اللعان فهو ابنه لا

يستطيع أن نفيه) لأن النسب ثبت منه بالفراش وتقرر ذلك بموت الولد فلا يتصور بعد تقررره وهذا لأن الميت لا يكون محلاً لإثبات نسبه بالدعوة ابتداءً فكذلك لا يكون محلاً لقطع نسبه الذي كان ثابتاً باللعان فإن كل واحد من الحكمين يستدعي المحل فكذلك لو قبل الولد لأنا حكمنا للأب بالميراث عنه أما بدل نفسه أو مال إن كان له والنسب بعد ما صار محكوماً به لا يحتمل القطع .

وإذا كان للمرأة ولد وليس في يدي زوجها فقالت تزوجتك بعد ما ولدت هذا من زوج قبلك وقال الزوج بل ولدته مني في ملكي فهو ابن الزوج لما بينا أن النسب بينهما ظاهر وهو الفراش وما ادعت غير معروف فيحال بالولد على السبب الظاهر فلو كان الصبي في يدي الرجل دون المرأة فقال ابني من غيرك وقالت هو ابنك مني فالقول قول الزوج ولا تصدق المرأة بخلاق ما سبق والفرق من وجيهن :

أحدهما : أن قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشا آخر له على غيرها إما بنكاح أو بملك يمين فإذا كان الولد في يده كان نسبه إليه من أي فراش حصل له وأما ثبوت الفراش له عليها ينافي فراش آخر عليها لغيره وكان هذا الفراش في حقها متعينا وباعتباره يثبت النسب منه من هذا الزوج ولأن المرأة في يد الرجل والولد الذي في يدها من وجه كأنه في يده .

فأما الزوج ليس في يد امرأته فما في يده لا يكون في يدها فلهذا لا يقبل قولها وإذا نفي الرجل ولد امرأته وفرغا من اللعان عند القاضي فليل أن يفرق بينهما ويقطع النسب من الأب .

فإذا مات أحدهما فالولد ثابت النسب من الزوج لأن نفس اللعان لا يقطع النسب ما لم يقطعه القاضي إذ ليس من ضرورة اللعان قطع النسب .

فإذا مات أحدهما إذن اعترض قبل قطع النسب ما لو كان موجوداً في الابتداء منع اللعان بينهما فكذلك يمنع قطع النسب به وكما يتقرر حكم النسب بموت الولد فكذلك بموت الأب لاستحقاق الولد الميراث منه .

ولو كانت ولدت ولدين توأم فعلم أحدهما فنفاه ولاعن وألزمه القاضي أمه يفرق بينهما ثم علم بالآخر فهما ابناه لأن نسبهما ثبت منه باعتبار الفراش وإنما جرى اللعان بينهما في الولد الذي نفاه فبقي نسب الآخر ثابتاً كما كان وقد فرق القاضي بينهما فلا يمكنه أن ينفي نسب الآخر باللعان بعد الفرقة ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لأنهما توأم يقرره وأنه لا بد من جعل أحدهما أصلاً وإلحاق الآخر به والذي انقطع نسبه منه باللعان محتمل للثبوت منه بالإكذاب والذي نفي ثابت النسب منه بعد الفرقة تسمية لا تحتمل النفي عنه فجعل هذا أصلاً أولى ولأن النسب يثبت في موضع الشبهة فلا ينتفي بمجرد الشبهة فترجح الجانب الذي

فيه شبهة أولى فإن علم بالثاني قبل أن يفرق بينهما فنفاه أعاد اللعان وألزم الولدين الأم لأن النكاح بينهما قائم عند نفي الولد الثاني فيجري اللعان بينهما لقطع نسبه كالولد الأول وإن أكذب الملاعن نفسه بالدعوة بعد ما فرق القاضي بينهما ثبت النسب منه لأنه نفي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يثبت منه .

فإذا أقر به بعد الإنكار صح إقراره وعليه الحد لأنه أقر بأنه قذفها وهي محصنة فعليه حد القذف عند خصومتها وهذا إذا كان الابن حيا سواء كانت الأم حية أو ميتة فإن كان الولد قد مات وترك ميراثا ثم أعاده الأب لم يصدق لأن الأب مدع للمال لا مقر بالنسب فإن الولد بالموت قد استغنى عن الشرف بالنسب وبمجرد الدعوى لا يستحق المال إذا لم يكن مناقضا في الدعوى فإذا كان مناقضا أولى إلا أن يكون ترك ابن الملاعن ولدا أو أنثى فحينئذ صدق الأب لأنه الآن مقر بالنسب فإن ولد الابن ينسب إليه كولد الملاعنة نفسه فإذا صح الإقرار ضر بالجد وأخذ الميراث والحاصل أن النسب أصل عند إكذابه نفسه فإذا أمكن القضاء به إن كان المنفي نسبه حيا أو ميتا عن خلف يقضي بالنسب ثم يترتب عليه حكم الميراث .

وإذا كان ميت إلا عن خلف لا يمكن القضاء بالنسب فلو قضي بالمال كان قضاء بمجرد الدعوى والمال لا يستحق بمجرد الدعوى ولو كانت المنفية بنتا فماتت عن ابن وأكذب الملاعن نفسه ولم يصدق به لم يرث في قول أبي حنيفة - C - وفي قولهما يصدق ويضرب الحد ويرث . وجه قولهما : أنها ماتت عنم يخلفها فإن الولد كما ينسب إلى أبيه ينسب إلى أمه وكما يتشرف بشرف الأب يتشرف بشرف الأم ويصير كريم الطرفين وأب الأم يسمى أبا مجازا كأب الأب فكما في الفصل الأول جعل بقاء الولد كبقائه فكذلك هنا .

وأبو حنيفة - C - يقول : كلامه الآن في دعوى المال لا إقرار بالنسب لأن نسب الولد إلى قوم أبيه دون قوم أمه .

(ألا ترى) أن إبراهيم بن رسول □ - A - كان قرشيا لا قبطيا وأن أولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة وفيه يقول القائل : .

فإنما أمهات الناس أوعية .

مستودعات وللأنساب آباء .

فإذا لم يكن هذا الولد منتسبا إلى الملاعن صار وجوده كعدمه فلا يعمل إكذابه نفسه بخلاف ابن الابن على ما بينا فلو أراد ابن الملاعن أن يتزوج المنفية نسبه لم يكن له ذلك ولو فصل فرق بينهما لأنها قبل اللعان كانت أختا له ولم ينتف ذلك بمجرد اللعان من كل وجه حتى لو أكذب الملاعن نفسه ثبت النسب منه وكانت أختا له وشبهة الأختية كحقيقتها في المنع من النكاح .

وكذلك الملاعن نفسه لو قال لم أدخل بالأم وتزوج البنت فرق بينهما لأنها كانت بنتا له

وبعد اللعان قطع النسب عنه فبقي موقوفا على حقه لو أعادها صحت دعوته وشبهة البينة كحقيقتها في المنع من النكاح .

وللشافعي - C - في هذا الفصل قولان : .

أحدهما : أن له أن يتزوجها بمنزله ابنته من الزنا على مذهبه وهي معروفة في النكاح .
والآخر كمذهبنا لأن النسب هنا موقوف على حقه لو ادعاه يثبت منه بخلاف المخلوق من مائه بالزنا .

قال : (وإذا طلق الرجل امرأته فجاءت بولدين فهذه المسألة على أوجه إما أن يكون الطلاق رجعا أو بائنا وكل وجه على ثلاثة أوجه إما أن يأتي بالولدين لأقل من سنتين أو يأتي بهما لأكثر من سنتين أو يأتي بأحدهما لأقل من سنتين بيوم ولم يقر بانقضاء العدة فبقي أحدهما حين ولدته ثم ولدت الثاني وهما ابناه ولا حد عليه ولا لعان) لأنه حين نفي المولد منها كان النكاح بينهما قائما فوجب اللعان بينهما فحين وضعت الولد الآخر فقد انقضت عدتها بوضع جميع ما في بطنها ولا يتأتى جريان اللعان فيما بينهما بعد ما صارت أجنبية والقذف الموجب للعان لا يكون موجبا للحد فلهذا ثبت نسب الولدين منه وإن جاءت بينهما لأكثر من سنتين فنفاهما يجري اللعان بينهما ويقطع نسب الولدين عنده .

لأننا تيقنا أن علوق الولدين من علوق حادث بعد الطلاق فصار مراجعا لها ولا تنقضي العدة بوضع الولدين فإذا نفي وهي منكوحته جرى اللعان بينهما .

فإن (قيل) : لما حكمنا بالرجعة فقد حكمنا بنسب الولدين منه فكيف يمكن قطع النسب باللعان بعد ذلك .

(قلنا) : ليس من ضرورة الحكم بالرجعة والحكم يكون الولد منه فالرجعة تثبت بمجرد العين عن شهوة بدون الوطاء والإعلاق وإن كان نفي الولد منهما ثم أقر بالثاني فهما ابناه وعليه الحد لأنهما توأم فأقراره بأحدهما كإقراره بهما وهذا منه إكذاب لنفسه بعد التفرق فعليه الحد .

وإن جاءت بأحد الولدين لأقل من سنتين وبالأخر لأكثر من سنتين فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما - هذا والفصل الأول سواء .

وعلى قول محمد - C - هذا والفصل الثاني سواء .

وجه قوله : أنا تيقنا بأن الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين وشككنا في الولد الأول فيحتمل أن يكون العلوق به بعد الطلاق أيضا ويحتمل أن يكون العلوق به قبل الطلاق فاتبع الشك لا التيقن فإن المتيقن به يجعل أصلا ويرد المشكوك إليه وهما قالا لما ولدت الأول لأقل من سنتين فقد حكمنا بأنه من علوق قبل الطلاق .
(ألا ترى) أنها لو لم تلد غيره كان محكوما بأن العلوق به كان قبل الطلاق فلا يتغير ذلك

الحكم بتأخير الولادة الثانية ولكن يجعل السابق منهما أصلا ويجعل كأنها وضعتها قبل السنتين لأن الولد إنما لا يبقى في البطن أكثر من سنتين إذا لم يكن هناك من يزاحمه في الخروج فأما عند وجود المزاحم قد يتأخر خروجه عن أوانه فلا يكون ذلك دليلا على أن العلق به كان بعد الطلاق فهذا جعلنا السابق أصلا وإذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا .

فإن جاءت بهما لأقل من سنتين فعليه الحد بالنفي فهما ابناه لأنه حين قذفها فلا نكاح بينهما فيلزمه الحد وقد جاءت بالولدين لمدة يتوهم أن يكون العلق بهما سابقا على الطلاق فيثبت نسبهما منه .

وإن جاءت بهما لأكثر من سنتين لم يثبت نسبهما منه لأنهما من علق حادث بعد الفرقة . وإن نفاهما فلا حد عليه ولا لعان لأنه صادق في مقالته وإن جاءت بأحدهما لأقل من سنتين بيوم وبالأخر لأكثر من سنتين بيوم فعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - هذا والفصل الأول سواء وعند محمد - C - هذا والفصل الثاني سواء على ما بينا .

قال : (وإذا طلقها واحدة بائنة بعد ما دخل بها ثم تزوجها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فنفاه لاعنها لقيام النكاح بينهما في الحال ويلزم الولد أباه) لأننا تيقنا أن العلق به سبق النكاح الثاني فكان حاصله في النكاح الأول وبالفرقة بعده تقرر النسب على وجه لا ينتفي بحال وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها النكاح الثاني لاعن ولزم الولد أمه لأن الحل قائم فيستند العلق إلى أقرب الأوقات وهو ما بعد النكاح الثاني فإذا نفاه يقطع النسب عنه باللعان والله أعلم