كتاب النكاح[1]

(1) النكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه: نكحت البر في الأرض، إذا حرثتها وبذرت فيها، ونكح المطر الأرض إذا خلط ثراها، ونكحت الحصى أخفاف الإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسيا، كما ذكر، ومعنويا كنكح النعاس العين.

ويطلق في اللغة على الوطء حقيقة وعلى العقد مجازا. قال المطرزي والأزهري: هو الوطء حقيقة، ومنه قول الفرزدق البحر البسيط:

إذا سقى الله قوما صوب عادية ... فلا سقى الله أرض الكوفة المطرا

التاركين على طهر نساءهمو ... والناكحين بشطي دجلة البقرا

وهو مجاز في العقد لأن العقد فيه ضم والنكاح هو الضم حقيقة.

قال الشاعر لطويل:

ضممت إلى صدري معطر صدرها ... كما نكحت أم الغلام حبيبها

أي كما ضمت؛ أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وقيل: هومشترك بين العقد والوطء اشتراكا لفظيا، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء لأنه بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد، ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء هل النكاح حقيقة في الوطء، والعقد أو هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر.

فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد، فيكون حقيقة فيهما.

ودليلهم على هذا: أنه شاع الاستعمال في الوطء تارة، وفي العقد تارة أخرى بدون قرينة، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه، إما بالوضع الأصلي، أو بعرف الاستعمال، فالقول بالمجازية فيهما، أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة: الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعا، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله تعالى: {ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء} النساء 22.

=

وذهب الشافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذهب الحنفية إلى العكس.

والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول، من أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز، فالمجاز أولى، لأنه أبلغ وأغلب والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرينة عند من لا يجيز حمله على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، مجازا في الآخر أولى.

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء، وذلك أولا: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة، حتى قيل: إنه لم يرد في القرآن إلا في للعقد، ولا يرد قول الله تعالى: {فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره} البقرة 230، لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسنة.

وذلك الحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بت طلاقها، وتزوجها عبد الرحمن بن الزبير، فقال لها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك" فيكون معنى قوله تعالى: {حتى تنكح} حتى تتزوج.

ثانيا: أنه يصح نفي النكاح عن الوطء، فيقال: هذا الوطء ليس نكاحا، ولو كان النكاح حقيقة في الوطء لما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوءة الأب من الزنا، فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا: بحرمة موطوءة الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوءة الأب من الزنا.

عرفه الشافعية بقولهم: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشتق منهما - فقولهم: عقد: جنس في التعريف، وقولهم: يتضمن إباحة وطء خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها، وقولهم: بلفظ الإنكاح والتزويج خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتمليك.

وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في أقرب المسالك حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

اعلم أن النكاح ينقسم قسمين: صحيح وفاسد:

فالصحيح: ما أجازه القرآن والسنة.

والفاسد ينقسم ثلاثة أقسام: نكاح فسد لعقده. ونكاح فسد بصداقه. ونكاح فسد

=

فالعقد مصدر: عقد، أي: تمسك وتوثق، والمراد هنا ارتباط كلام الزوج بكلام ولي الزوجة، على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا يستعقب أحكامه.

وقوله: عقد جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

وقوله: لحل تمتع الخ. علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومنه شراء الأمة للتلذذ بها؛ إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه بل الانتفاع العام وملك الرقبة.

وخرج بقوله: غير محرم ومجوسية وأمة كتابية، المحرم بنسب أو رضاع أو صهر، والمجوسيات والإيماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، ولا يقال: إن هذا التعريف غير مانع؛ لأنه يدخل فيه الملاعنة والمبتوتة، والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة؛ لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاعنة، وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية، فإن مانعهن ذاتي لا عرضي. وقوله: الصيغة متعلق بعقد، وهو من تمام التعريف؛ لأن الصيغة أحد أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام بن الحنفية بقوله: عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا، فقوله: عقد جنس في التعريف بمثل سائر العقود.

وقوله: وضع لتملك المتعة بالأنثى يخرج به العقد على المنافع كما في البيع والهبة، لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمنا إذا لم يوجد ما يمنعه.

عرفه الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قصدا.

عرفه الحنابلة بأنه: عقد التزويج، فهو حقيقة في العقد، مجاز في الوطء على الصحيح.

ينظر: الصحاح 1/ 413، لسان العرب 2/ 625، المصباح المنير 2/ 965، والقاموس المحيط 1/ 263، معجم مقاييس اللغة 5/ 475، المطلع 318.

وينظر: تبيين الحقائق 2/ 94، بدائع الصنائع 3/ 1324، مغني المحتاج 3/ 123، منح الجليل 2/ 3، الفواكه الدواني 2/ 21، الكافي 2/ 519، الإنصاف 8/ 24، المغني 7/ 3.

لشروط اقترنت به.

فأما ما فسد لعقده فينقسم قسمين: متفق على فساده، وقسم مختلف فيه:

فالمتفق على فساده: مثل نكاح ما لا يحل له نكاحها من ذوات المحارم من نسب، أو رضاع، ومثل نكاح المرأة في عدتها، أو على ابنتها، أو أمها، أو أختها، أو عمتها، أو خالتها.

ونكاح المجوسية والأمة النصرانية فهذا القسم يفسخ فيه النكاح قبل البناء، وبعده بغير طلاق، ويكون فيه المسمى.

والمختلف في فساده مثل: نكاح الشغار، والمحرم، ومن نكح على خطبة أخيه، وما أشبه ذلك.

وأما ما فسد لصداقه فمثل: أن يتزوجها بعبده الآبق، أو بعبده الشارد، أو بثمرته التي لم تبدي صلاحها، فهذا القسم يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل.

وأما ما فسد لشروط اقترنت به فمثل: أن يتزوجها على ألا نفقة لها، أو لا مبيت لها، أو على أن يؤثر عليها، فإن فعل ذلك فسخ النكاح قبل البناء، ويثبت بعده وبطل الشروط.

فصل

والذي يحل به وطء المرأة شيئان: نكاح، أو ملك.

فالملك: يجوز في المسلمات، والكتابيات فقط، والنكاح في المسلمات والحرائر الكتابيات فقط. والمسلمات ضربان حرائر وإماء.

فالحرائر: يجوز نكاحها على الإطلاق، ولا يجوز في الإماء إلا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت.

والطول: الصداق، والنفقة في أحد مذهب أصحابنا.

والعنت الزنا[1]. وقيل: الطول: الصداق وإن عجز عن النفقة.

ولا يحل لغير المسلم نكاح امرأة مسلمة حرة كانت أو أمة، ولا ملك أمة مسلمة، وإنما يختص بهذا المسلمون.

---

(1) الزنا لغة وشرعاً:

الزنا يمد ويقصر: مصدر زني الرجل، يزني زنى وزناء، فجر، وزنت المرأة تزني زنى وزناء فجرت.

وزاني مزاناة وزناء، والمرأة تزاني مزاناة وزناء، أي تباغي، وهو بالقصر لغة أهل الحجاز.

قال تعالى: {وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَى} [الاسراء: 32] بالقصر.

ولوقوع الألف ثالثة قلبت ياء والنسبة إليه زنوي.

وبالمد لغة أهل "نجد" و"بني تميم" وأنشد: [البسيط]

أما الزناء فإني لست قاربه ... والمال بيني وبين الخمر نصفان

وقال الفرذدق: [الطويل]

أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه ... ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكراً

والنسبة إليه زنائي، وزناه نسبة إلى الزنا، وهو ابن زنية بالفتح والكسر أي ابن زنا.

ومعناه في كل ما تقدم الفجور، وأما زنى الموضع زنوا فمعناه ضاق، ووعاء زني، أي ضيق.

والاسم منه الزنا بفتح الزاي.

الزنا شرعاً:

عرفه الشافعية: بأنه إدخال مكلف واضح الذكورة، أولج حشفة ذكره الأصلي المتصل، أو قدرها منه عند فقدها، في قبل واضح الأنوثة، ولو غوراء.

وعرفه ابن عرفة: بأنه مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة جلية عمداً.

وقيل: وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك فيه باتفاق تعمداً.

وقيل: إيلاج مسلم مكلف حشفة في فرج آدمي، مطيق، عمداً، بلا شبهة.

فصل

والنساء على ضربين: أبكارًا وثيبا.

فالأبكار على ثلاثة أقسام: ذوات أب، وذوات وصي، واللاتي لا أب لهن ولا وصي.

فأما ذوات الأب فلا يزوجهن غير الأب.

وأما ذوات الوصي فلا يزوجهن الوصي، إلا بعد البلوغ.

واللاتي لا أب لهن ولا وصي يزوجهن السلطان، وأولياؤهن بعد البلوغ.

وأما الثيب فلا يخلو إما أن تكون مالكة أمر نفسها أم لا: فإن كانت مالكة أمر نفسها فلا تجبر.

واختلف إذا كانت غير مالكة أمر نفسها على القولين.

فصل

وشروط صحة النكاح خمسة أشياء: الولي، والصداق، وأن يكون من الذي يحل تملكه والمعاملة به، وأقله ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم، والإعلان، والإيجاب، والقبول، وخلو العقد من شيء يفسده.

فصل

وللصداق ثلاثة أحوال: إما أن يكون مذكورًا عند العقد، أو أن يكون مفوضًا إلى من يفوضه من زوج أو زوجة أو أجنبي، أو يكون مسكوتًا عنه.

فإن كان مذكورًا عند العقد فلا إشكال، وإن كان مقبوضًا إلى من يفوضه فهو نكاح التحكيم.

وقد اختلف فيه على القولين: المشهور صحته.

وإن كان مسكوتًا عنه فهو نكاح التفويض، ومتى فوض الزوج صداق المثل لزم

ذلك الولي، والمرأة، ولا قول لمن أبقى منها.

فصل

والولاية على قسمين: عامة وخاصة.

فالعامة: ولاية الإسلام.

والخاصة تنقسم خمسة أقسام:

أحدها: ولاية نسب.

والثاني: ولاية تقدم وهي على وجهين، تقديم من قبل الأب، وتقديم من قبل السلطان.

والثالث: ولاية عتاقة.

والرابع: ولاية السلطان.

والخامس: ولاية حضانة[1].

---

(1) الحضانة لغة: بفتح الحاء: مصدر حضنت الصبي حضانة: تحملت مؤنته وتربيته، عن ابن القطاع، والحاضنة: التي تربى الطفل سميت بذلك لأنها تصم الطفل إلى خضنها، وهو: ما دون الإبط إلى الكشح، وهو الخصر.

قال زين الدين بن نجيم في "البحر الرئق، شرح كنز الدقائق": "الحضانة: بكسر الحاء وفتحها لغة تربية الولد".

"والحاضنة" المرأة توكل بالصبي، فترضعه وتربيه، وقد حضنت ولدها حضانة من باب "طلب" وحضن الطائر بيضه حضنا إذا جثم عليه يكنفه يحضنه، كذا في "المغرب".

والحضانة مصدر الخاصن والحاضنة.

والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه، ويربيانه، والحضن ما دون الإبط إلى الكشح.

وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، والخاصرة هي وسط الإنسان.

فصل

وللوليين ثمانية شروط ستة منها متفق عليها وعلى أشراطها في صحة الولاية وهي: البلوغ، والإسلام، والعقل، والحرية، والذكورية، وأن يكون مالك أمر نفسه.

والاثنان المختلف فيهما: الرشد، والعدالة.

فصل

والنساء ضربان: محلل، ومحرم.

والمحرم منهن ضربان: مؤيد وغير مؤيد.

=

وجمع الحضن إحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء، وجعله في حضنك، كما تحضن المرأة ولدها تحمله في أحد شقيها، وفي الحديث أنه -عليه الصلاة والسلام- "خرج محتضناً إحدى ابني ابنته، أي: حلاملاً له في حصنه، والحضن الجنب، وهما حضنان، انتهى ابن منظور في لسان العرب.

وقال علاء الدين الكاشاني في "البدائع": الحضانة لغة تستعمل في معنيين:

أحدهما: جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء إذا اعتزله، فيجعله في ناحية منه.

ثانيها: الضم إلى الجنب، يقال: حضنته، واحتضنته إذا ضممته إلى جانبك.

والحضانة بمعنى الضم، وهو المراد لمناسبته للمعنى الشرعي.

انظر: المطلق على أبواب المقنع: 355.

واصطلاحا:

عرفها الحنفية بأنها: تربية الطفل ورعايته، والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة.

عرفها الشافعية بأنها: تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه، ودفع ما يغيره.

عرفها المالكية بأنها: حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.

عرفها الحنابلة بأنها: حفظ صغير وغيره عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه.

انظر: شرح الخرشي 3/ 347، حاشية ابن عابدين 2/ 633، نهاية المحتاج 7/ 214، المدونة 14/ 224، الروض المربع 2/ 328.

obeikandl.com

والمؤيد منهن خمسة: بنسب، ورضاع، وصهر، ولعان، ووطء في عدة.

أما النسب فسبعة أجناس: أمهات، وبنات، وأخوات، وعمات، وخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

وأما الرضاع: فلحق بالنسب في كثير من أحواله.

وأما الصهر فأربع نسوة: أم الزوجة، وزوجة الأب، وزوجة الابن، والربيبة وهي بنت الزوجة، إلا إنها لا تحرم بالعقد على أمها، ولكن تحرم بعد الدخول بأمها، واللواتي معها يحرمن بنفس العقد هذا في النكاح الصحيح.

وأما الفاسد: فلا يوجب تحريمها إلا أن ينضاف إليه الوطء قبل العلم بفساده.

وأما الزنى واللواط فلا يقع به تحريم المصاهرة على المصاهرة على الصحيح من المذهب.

وأما التحريم الذي ليس بمؤبد فهو الذي يكون لعارض يزول بزواله، وذلك يرجع إلى أمرين: أحدهما: صفة لأحد الزوجين يزول التحريم بزواها.

والآخر: صفة في العقد وجملة ذلك ستة عشر شيئًا:

أحدها: أن تكون المرأة ذات زوج.

والثاني: أن تكون في عدة من زوج رجعية كانت أو بائنة.

والثالث: أن تكون مستبرأة من غير الزوج.

والرابع: أن يكون أحدهما مرتدًا[1].

---

(1) الردة عند الحنفية: عبارة عن الرجوع عن الإيمان.

وعند المالكية: الردة كفر المسلم، يقول صريح أو بلفظ يقتضيه، أو يفعل يتضمنه.

وعند الشافعية: عبارة عن قطع الإسلام من مكلف، أي هي قطع الإسلام بنية كفر، أو قول كفر، أو فعل كفر، وكفر، سواء في القول، قاله استهزاءً، أو عنادًا، أو اعتقادًا.

والخامس: أن تكون المرأة كافرة غير كتابية.

والسادس: أن يكون كافرًا أي أنواع الكفر كان.

والسابع: أن تكون أمة كافرة.

والثامن: أن يكونا أو أحدهما في حال إحرام.

والتاسع: أن تكون المرأة أمه أو أم ولده.

والعاشر: أن يكون الرجل عبدًا للمرأة أو ولدها.

والحادي عشر: نكاح الأمة المسلمة للحر الذي يجد الطول ولا يخشى العنت.

والثاني عشر: أن يكون جامعًا بين أكثر من أربع زوجات.

والثالث عشر: أن يكون عنده من ذوات محارمها من لا يجوز له الجمع بينهما وبينه.

والرابع عشر: أن يكون أحدهما مريضًا مرضًا يحجر عليه فيه.

والخامس عشر: أن تكون قد ركنت إلى غيره.

والسادس عشر: فيه خلاف وهو أن يكون العقد يوم الجمعة، والإمام على المنبر.

=

ينظر: "بدائع الصنائع" [7/ 134]، و"فتح القدير" [6/ 68]، و"حاشية الدسوقي" [4/ 301]، و"روضة الطالبين" [10/ 64]، و"قليوبي وعميرة" [4/ 174].